

FRAMMENTAZIONE ORGANIZZATIVA E LAVORO: RAPPORTI INDIVIDUALI E COLLETTIVI

Relazione di Franca Borgogelli

MODELLI ORGANIZZATIVI E TUTELE DEI LAVORATORI NEI SERVIZI DI INTERESSE PUBBLICO

Sommario: 1. *Contesto, oggetto e finalità dell'analisi.* 2. *Le società a partecipazione pubblica prima della riforma* 2.1. *Il quadro generale.* 2.2. *La disciplina "speciale" per i lavoratori.* 3. *Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.* 3.1. *Un percorso a ostacoli.* 3.2. *Gli elementi caratterizzanti il riordino.* 3.3. *Le nuove regole per i lavoratori.* 4. *Le clausole di equo trattamento negli appalti pubblici.* 5. *Modifiche nella titolarità dei rapporti di lavoro e problemi di tutela* 5.1. *Processi e variazioni.* 5.2. *Le esternalizzazioni e l'art.31 d.lgs. n.165/2001.* 5.3. *Le "reinternalizzazioni" e gli esuberanti.* 5.4. *Le successioni negli appalti: la disciplina "speciale" una tantum per le società a controllo pubblico; le clausole sociali.* 6. *Considerazioni finali: le ragioni del diritto del lavoro.*

1. *Contesto, oggetto e finalità dell'analisi*

Chiamata a riflettere sull'impatto della frammentazione organizzativa sulla condizione dei lavoratori, ho scelto per la mia analisi l'ambito in cui è la pubblica amministrazione a svolgere il ruolo di soggetto protagonista di trasformazioni organizzative riconducibili – in molteplici forme – alla nozione di "esternalizzazione". Si tratta di un contesto in cui i processi di esternalizzazione assumono caratteri particolari, intrecciandosi con quelli c.d. di privatizzazione: processi che con varie modalità conducono a "portare fuori" dall'amministrazione pubblica complessi di compiti e funzioni che vengono affidati alla gestione di soggetti privati; fattispecie in cui il diritto pubblico e il diritto privato concorrono - "scambiandosi", con varie modalità, regole e ruoli - alla disciplina di attività in precedenza svolte, o che potrebbero essere svolte, direttamente da apparati amministrativi¹. Le forme in cui prende corpo la collaborazione dei privati alla realizzazione di attività di pubblico interesse ascrivibili alla nozione di esternalizzazione sono eterogenee, ma ai fini dell'analisi qui svolta possono essere ricondotte a due fattispecie principali: da un lato le figure di società di capitali a partecipazione pubblica, le quali appartengono al diritto societario e dunque alla disciplina civilistica, ma gravitano nell'orbita del diritto amministrativo in ragione delle attività svolte e della provenienza pubblica delle risorse prevalentemente utilizzate; dall'altro le forme contrattuali di affidamento a un soggetto privato di concessioni o di appalti previo esperimento di procedure a evidenza pubblica.

La fase iniziale di tali vicende si colloca all'inizio degli anni '90 del secolo scorso, nell'ambito dei processi di liberalizzazione dei mercati, indotti e accompagnati dall'intervento, con un nuovo ruolo da protagonisti, dei sistemi regolatori sovranazionali; in particolare dal diritto e dalla giurisprudenza dell'Unione europea i quali, sebbene abbiano un atteggiamento di neutralità rispetto alla proprietà pubblica o privata delle imprese (*ex art.345, TFUE*), condizionano in modo

¹ V. in particolare Torchia 2009, pp.12 e 40.

significativo - a tutela, ai sensi dell'art.106 TFUE, della <<concorrenza del mercato e nel mercato>>² - il conformarsi delle attività delle pubbliche amministrazioni svolte in forma sia associativa sia contrattuale.

Come è ben noto, il percorso di riorganizzazione in forma privatistica delle attività di interesse pubblico che prende l'avvio alla fine del 900 si inserisce in un complesso di interventi innovativi dell'apparato burocratico. E' il decennio delle grandi riforme amministrative (realizzate o solo prospettate o auspiccate), che prevedono anche un rilevante coinvolgimento sia di soggetti privati sia di regole del diritto privato: gli strumenti privatistici, ritenuti più adeguati a garantire l'efficienza, l'efficacia, la flessibilità e la riduzione dei costi, si impongono in ambiti pubblicistici; per contro regole tipiche dell'attività amministrativa sono estese a soggetti privati e ad attività svolte in regime di diritto privato³.

Per quanto concerne le c.d. società pubbliche, si ricorda che la loro espansione si colloca temporalmente dopo la conclusione, alla fine degli anni '80, dell'opera di smantellamento del sistema di partecipazioni statali che aveva raggiunto il suo apice negli anni '60-'70: al modello dello stato imprenditore si sostituisce quello dello <<stato azionista e garante di ultima istanza>>⁴. La società per azioni a partecipazione pubblica, in molteplici varianti⁵, diviene il modello organizzativo prevalente: non solo è la forma in cui vengono trasformati la gran parte degli enti pubblici economici, ma è il soggetto a cui vengono assegnate funzioni pubbliche esternalizzate e la gestione di servizi pubblici (o di interesse generale secondo la terminologia europea⁶), a livello nazionale e di enti locali. Quindi, non solo diviene il modello organizzativo tipico dell'impresa pubblica, ma si estende a settori di azione pubblica tradizionalmente organizzati nella forma dell'ente pubblico o della pubblica amministrazione⁷.

Di conseguenza si ripropone il dibattito sulla natura e sul regime giuridico delle società pubbliche che era sorto ancor prima della loro codificazione nel 1942: se già negli anni trenta si osservava criticamente che la società in mano pubblica rappresenta <<un travestimento in forma privata di una impresa sostanzialmente pubblica>>⁸, è ampio il panorama delle opinioni e delle

² V. la sintetica ricostruzione del significato delle due locuzioni nel parere del Consiglio di Stato n. 438/2016.

³ <<Trasparenza, pubblicità, concorsualità, diritto di accesso, imparzialità e addirittura la responsabilità amministrativa>>, richiesti dal Trattato di Maastricht e dalla crisi finanziaria i primi, resi necessari da tangentopoli i secondi: v.Torchia 2009, p.13.

⁴ Torchia 2009, p.12. Efficace la sintesi proposta da Clarich e Mattarella (2016, pp.10-11) per evidenziare come quella delle società sia una storia di ibridazioni e snaturamenti: <<Come è noto, esse nacquero come istituti pubblicistici, volti a consentire a soggetti privati di svolgere attività di interesse pubblico (come la conquista e il governo di terre lontane) con poteri "esorbitanti" e con responsabilità limitate; in altri termini, a consentire a soggetti privati di fare ciò che normalmente essi non possono fare. Successivamente la forma societaria è diventata forma normale di svolgimento dell'impresa e in tempi recenti è stata utilizzata, in modo speculare, per consentire ai soggetti pubblici di fare ciò che normalmente essi non possono fare, soprattutto in termini di libertà di gestire l'organizzazione e le procedure. Se in tempi meno recenti il rischio era di abuso dei poteri pubblicistici, in tempi più recenti è stato abuso di risorse pubbliche>>.

⁵ A seconda del livello di partecipazione del soggetto pubblico, degli strumenti di condizionamento, della fonte.

⁶ Dalla nozione di fonte europea di <<servizi di interesse economico generale>> è derivata la nozione più ampia di <<servizi di interesse generale>>. Entrambe sono ora definite nel d.lgs.n.175/2016, art. 2, co.1: alla lett.h) la seconda (le attività di produzione e fornitura di beni e servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze,assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale); la prima alla lett. i (servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato).

⁷ V. per un quadro di sintesi Cerulli Irelli 2016, p. 126.

⁸ Così Rava', *L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, in *Riv.dir.comm.*,1933, p.340, citato da Goisis , 2013, note 1 e 2. Dopo l'emanazione del codice civile v. : Mengoni 1958; Cassese 1959.

letture sulle norme costituzionali ed europee, distribuite tra i due poli estremi di chi considera tali società come soggetti interamente privatistici e chi le vede come strutture sostanzialmente pubbliche, componenti l'organizzazione amministrativa, in quanto tali inevitabilmente attratte nella sfera della disciplina pubblicistica⁹. In estrema sintesi, le opinioni si differenziano a seconda del rilievo attribuito alla natura pubblica del socio rispetto a quella privata propria del tipo giuridico della società partecipata e alle deroghe introdotte dal legislatore alla disciplina civilistica delle società di capitali.

Come ben sanno i giuslavoristi, l'avvio del percorso di estensione dei partenariati associativi e contrattuali delle pubbliche amministrazioni si affianca temporalmente alla c.d. privatizzazione e contrattualizzazione della disciplina del lavoro pubblico, nel contesto dell'affermazione del principio di separazione tra politica e amministrazione e della nuova configurazione del ruolo e della figura della dirigenza pubblica. I due percorsi assumono peraltro caratteristiche diverse. Mentre la disciplina del lavoro pubblico procede con un succedersi di riforme organiche - per quanto inframmezzate da interventi legislativi discutibili o legati a esigenze contingenti che ne hanno inficiato l'implementazione, impedendo il raggiungimento degli effetti auspicati - per le società pubbliche è mancato un disegno coerente di lungo periodo. L'evoluzione legislativa è stata caratterizzata da interventi frammentari, adottati sovente per perseguire finalità improprie¹⁰, che hanno favorito l'incontrollata proliferazione di figure societarie variegata per dimensione, tipologia e oggetto, difficilmente classificabili. Se la scelta del modello delle società a partecipazione pubblica è fatta per usufruire della maggiore flessibilità consentita dagli strumenti organizzativi privatistici, in realtà tali strumenti sono stati impiegati soprattutto come via d'uscita alle crescenti restrizioni che il legislatore ha imposto alle spese delle pubbliche amministrazioni e ai vincoli posti alle assunzioni di personale: parti più o meno significative dei costi di gestione di attività e servizi pubblici sono state collocate, tramite lo strumento societario, fuori dai bilanci, sostanzialmente aggirando gli obblighi di contenimento delle spese e i limiti posti al *turn over*¹¹. Ne è conseguita, negli anni più recenti, una serie di interventi volti a contenere l'espansione del fenomeno, ma ancora una volta privi di organicità.

In questa sede non si intende ricostruire in una prospettiva diacronica le vicende delle società pubbliche a partire dal loro riconoscimento nel codice civile del '42; e neppure seguirle nel vorticoso percorso regolativo tracciato dal susseguirsi di leggi, caratterizzato dalla progressiva espansione e poi da un disorganico ridimensionamento, dal 1990 fino alle soglie della riforma delineata dal d.lgs. n.175/2016, in attuazione della delega contenuta negli artt.16 e 18, l. n. 124/2015. Infatti il legislatore ha introdotto ora una disciplina tendenzialmente generale, che dovrebbe risolvere il <<disordine normativo che caratterizza negativamente la materia delle partecipazioni societarie detenute dalle pubbliche amministrazioni>>¹² con il riordino delle regole di *governance* delle società pubbliche e dei rapporti tra queste e il socio pubblico. Pertanto, è solo alle disposizioni contenute nel d.lgs. n.175/2016, il <<Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica>>, che si farà riferimento nell'analizzare la disciplina riferita ai lavoratori:

⁹ Solo alcuni riferimenti tra i tanti: Marzuoli 1995; Napolitano 2005 a e b, 2015; Sorace 1997, 2016; Cammelli, Dugato 2008; Chiti 2009; Clarich 2010, Ibba 2011; Urbano 2012; Goisis 2013; Dugato 2013, Della Scala 2015, Cirillo 2016.

¹⁰ Un giudizio su cui concordano tutti i commentatori; significativa la ricostruzione sintetica nel parere del Consiglio di Stato n.438/2016.

¹¹ V. in particolare il commento di D'Auria 2015, p.489.

¹² Così nel parere del Consiglio di Stato n. 438/2016.

le regole sul reclutamento e sulle retribuzioni nelle società private a controllo pubblico a cui le pubbliche amministrazioni affidano compiti propri e servizi di interesse generale.

Così come si farà riferimento alla nuova regolamentazione dei contratti pubblici, disposta dal d.lgs. n.50/2016 in attuazione delle direttive UE 2014/23, 2014/24 e 2014/25, per i partenariati contrattuali, al fine di valutare i condizionamenti introdotti nelle concessioni e negli appalti pubblici tramite le c.d. clausole sociali in materia di trattamento economico e di garanzie di riassunzione¹³.

Oggetto della relazione saranno dunque da un lato le discipline che impongono alcune regole “speciali” per quanto riguarda i dipendenti delle società pubbliche, dall’altro i vincoli che condizionano le scelte delle imprese appaltatrici e concessionarie (o aspiranti tali) di organismi di diritto pubblico in materia di trattamento retributivo (le clausole sociali di equo trattamento da leggere anche alla luce delle direttive europee in materia di distacchi transnazionali) (v. § 2,3,4). Peraltro l’analisi che si condurrà dovrà tener conto anche del profilo dinamico, ovvero delle modalità con cui sono regolati i passaggi tra i modelli organizzativi: sia perché comportano per i lavoratori la modifica non solo del datore di lavoro, ma anche dello statuto giuridico del rapporto, sia perché le dinamiche di riorganizzazione e di gestione dei servizi di interesse pubblico rendono ancora più complessa e di difficile soluzione la questione della tutela dell’occupazione nelle successioni degli appalti. Così, se per i lavoratori coinvolti nelle esternalizzazioni, che devono lasciare la condizione di dipendente pubblico¹⁴, si tratta di interpretare la disciplina “speciale” disposta dall’art.31, d.lgs. n.165/2001, per i processi di “reinternalizzazione” di attività nell’ambito delle pubbliche amministrazioni, prospettati dal “riordino” dettato dal d.lgs. n.175/2016, la sorte dei rapporti di lavoro è affidata al rispetto del vincolo costituzionale del concorso; mentre la tutela dei lavoratori nei “cambi di appalto” si confronta con le clausole sociali c.d. di seconda generazione (le clausole sociali di riassunzione nella successione di appalti pubblici) (v. § 5).

Nel nuovo programma di riforma delle pubbliche amministrazioni delineato dalla legge n.124/2015, ora in corso di completamento, anche per quanto concerne la disciplina del lavoro si evidenziano strette interazioni tra soggetti pubblici e soggetti privati, tra regole privatistiche e pubblicistiche; e si conferma il compito assegnato al diritto del lavoro di intervenire non solo per tutelare il soggetto debole ristabilendo l’eguaglianza sostanziale squilibrata dal diseguale rapporto di forze nella relazione contrattuale, ma anche per garantire i bisogni dei cittadini rendendo più efficienti e funzionali i servizi resi dalle pubbliche amministrazioni. All’ingresso delle regole privatistiche nella disciplina dei rapporti di lavoro pubblici si continua ad affidare il compito di introdurre elementi di efficienza e flessibilità nella cura degli interessi generali - per consentire un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici, in vista e in funzione di un corretto bilanciamento tra i due termini dell’art.97 Cost., imparzialità e buon andamento, come sottolineato dalla Corte costituzionale - secondo quanto affermato nell’art.1 del d.lgs. n.165/2001, non modificato dagli interventi correttivi delegati dall’art.17 della l.n.124/2015. Peraltro, tra <<i tasselli più importanti della riforma Madia>>¹⁵ c’è il Testo unico che per la prima volta interviene a disciplinare organicamente le società a controllo pubblico nel quale, al fine di ovviare alla prassi adottata dalle pubbliche amministrazioni di ricorrere alle società partecipate per aggirare i divieti di assunzione, reclutando senza concorso e fuori di vincoli di spesa, si introducono alcune regole di “stampo pubblicistico” in materia di assunzioni e retribuzioni. Parallelamente, il nuovo Codice dei Contratti

¹³ V. Scarpelli 2011

¹⁴ Si tratta di una modifica delle regole di governo dei contratti di lavoro che per quanto resti interna all’ordinamento privatistico determina cambiamenti significativi nella disciplina individuale e collettiva del rapporto.

¹⁵ V. Clarich e Mattarella, 2017, p.10.

pubblici emanato nel 2016, accogliendo le aperture delle direttive europee, sembrerebbe offrire nuove opportunità alle pubbliche amministrazioni di porre freni al *dumping* salariale e alla concorrenza al ribasso tra i contratti collettivi (ma il condizionale è d'obbligo: v. *infra* § 4 e 5.4) e di intervenire a tutela dell'occupazione. Peraltro le regole volte a governare i passaggi tra i diversi ambiti sembrano assai meno definite e pongono non marginali problemi interpretativi.

L'analisi è dunque volta alla ricostruzione, anche alla luce del diritto europeo e della giurisprudenza, del nuovo quadro regolativo riferito alla disciplina dei rapporti di lavoro. Una ricostruzione diretta non all'esegesi puntuale delle disposizioni, ma a consentire una valutazione delle scelte del legislatore nei contesti in cui la pubblica amministrazione ricopre un ruolo da protagonista e a fianco della tradizionale finalità di tutela dei lavoratori entrano in gioco gli interessi pubblici e dunque le finalità di garanzia dell'efficacia e dell'efficienza nell'azione pubblica e della riduzione della spesa pubblica.

Si tratta quindi di conoscere e di valutare gli strumenti regolativi dei rapporti di lavoro in processi di riorganizzazione assai importanti per il numero di lavoratori coinvolti, come destinatari delle norme e come cittadini, per gli interessi economici in gioco, per le relazioni e le interferenze con il settore delle imprese private; anche per capire che ruolo ha svolto e potrebbe svolgere il diritto del lavoro in questo ambito.

2. Le società a partecipazione pubblica prima della riforma

2.1. Il quadro generale.

Le società a partecipazione pubblica che il legislatore delegato è chiamato dall'art.18, l.n.124/2015 a <<riordinare>> al fine <<di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza>> rappresentano, come si è già osservato, un insieme composito, cresciuto in modo disorganico e frammentario perseguendo interessi diversi e sovente in contraddizione tra di loro. Le analisi della dottrina, in dialogo con la giurisprudenza, offrono letture difformi sull'inquadramento giuridico e sulla classificazione di tali società: infatti, data l'inesistenza di una categoria unitaria di società a partecipazione pubblica¹⁶, <<non una ma più classificazioni – e dunque più tipologie – sembrano (doverosamente) proponibili nella nostra materia>>¹⁷. Non è pertanto possibile in questa sede ricostruire i passaggi dell'ondivago percorso legislativo, nonché le interpretazioni e le censure giurisprudenziali che lo hanno accompagnato, né dar conto delle diverse opinioni dottrinali. Ci si limita ad alcune osservazioni - in estrema semplificazione - in ordine al quadro composito delle società di capitali istituite o partecipate dalle pubbliche amministrazioni nell'esercizio della propria capacità di diritto privato; rilievi che possono essere utili a comprendere la valenza del <<riordino>> disposto dal d.lgs. n.175/2016, ovvero dal primo Testo Unico emanato per disciplinare tale materia.

Si tratta di società regolate dal diritto comune, nelle quali il collegamento con lo Stato e gli enti pubblici è, *rectius* dovrebbe essere, rappresentato solo dalla titolarità di tutte o di parti rilevanti delle azioni e (dovrebbe) manifestarsi solo attraverso l'esercizio dei diritti dell'azionista in assemblea. Tuttavia, se sin dalle origini alcune regole particolari per le società partecipate dallo

¹⁶ E' un'opinione diffusa: v. ad es., per la dottrina amministrativistica, Cammelli-Dugato, 2008, Clarich, 2010; per la dottrina civilistica, Ibba, 2011, p.2.

¹⁷ V. Ibba, 2011, p.2. Sulle classificazioni v. già Giannini M.S. 1960, p. 77 ss., nonché Marzuoli 1995 e Napolitano 2005 a e b. Per i riferimenti v. altresì Piperata 2009, pp.636 ss. e Urbano 2012.

Stato e dagli enti pubblici sono previste dal codice civile (art.2458, ora art.2449 cod. civ.¹⁸), leggi successive, sempre più numerose a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso, hanno introdotto norme "speciali"¹⁹ che si aggiungono, e assai più spesso derogano, a quelle ordinarie, limitando la capacità di agire delle società pubbliche e aggravando la loro organizzazione. Infatti si tratta sovente di prescrizioni puntuali che incidono non solo sul comportamento dello Stato come azionista, ma anche sulle modalità dell'organizzazione, ovvero sulla funzionalità delle società, condizionandone la capacità d'agire e l'ordinamento²⁰.

Si è determinata dunque una complessità riconducibile a più variabili che determinano le diversificazioni della disciplina. Utilizzando le categorie più risalenti, che mantengono sempre la loro utilità conoscitiva, accanto alle più recenti, le differenze tra le società pubbliche possono essere ricondotte: alla causa (di diritto comune o di diritto speciale a seconda che abbiano scopo di lucro o scopo pubblico); alla struttura organizzativa (speciale o anomala); alle fonti (con riferimento alla fonte contrattuale o comunque negoziale e alla fonte legale, con la *sub specie* delle società di diritto singolare regolate da leggi provvedimento dettate per una o più singole società, di solito nominativamente individuate); alla natura degli enti pubblici partecipanti (statali o territoriali, economici o non economici); all'entità della partecipazione pubblica (totalitaria, maggioritaria, minoritaria; di controllo o non); alla composizione (concentrata in un solo ente pubblico o ripartita tra più soggetti). Ancora, assumono rilievo distintivo: l'oggetto sociale, ovvero l'attività in concreto svolta che non è neutra per individuare la disciplina applicabile, poiché questa varia a seconda che si tratti di attività d'impresa, pubblica funzione, servizio pubblico, attività strumentale; le modalità attraverso le quali la società è divenuta affidataria di una determinata attività, le quali, oltre a essere parte della disciplina, sono a loro volta fattispecie di discipline ulteriori. Quest'ultimo rilievo vale in particolare per le società che hanno beneficiato di affidamenti diretti a cui, tra l'altro, è preclusa (o, da ultimo, fortemente limitata) la possibilità di operare con terzi ed extraterritorialmente (le c.d. *in house providing* di cui si dirà *infra*).

Ricapitolando per quanto riguarda l'oggetto sociale – che prima della riforma del d.lgs. n.175/2016 poteva riguardare attività d'impresa, attività di servizio pubblico di interesse generale o di interesse economico generale²¹ - si ricorda che i "grandi" servizi pubblici a livello nazionale sono stati protagonisti dell'evoluzione del modello regolativo dell'esercizio di attività da parte delle pubbliche amministrazioni nella forma della società per azioni; forma che, come si è già osservato, ha avuto una significativa spinta all'ascesa, dalla fine degli anni '90, come strumento dei processi di

¹⁸Nella Relazione ministeriale al Codice civile è scritto che la disciplina comune delle società per azioni si deve applicare anche alle società con partecipazione dello Stato e di enti pubblici <<senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente>> (par.998). L'art.2449 cod. civ. nel testo vigente prevede che se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazione in una società per azioni, che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, lo statuto può a essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci, disponendo anche che gli stessi possono essere revocati solo dagli enti che li hanno nominati. Il testo della disposizione è stato riscritto (*ex art.13 l.n.34/2008*) perché le norme in materia erano state ritenute non conformi ai principi europei in quanto consentivano allo statuto di attribuire a un soggetto pubblico poteri più che proporzionali rispetto alla partecipazione posseduta, tali da scoraggiare gli investimenti degli operatori di altri Stati membri nel capitale di queste società: v. CGUE, 6.12.2007, C-464/04, in *Giur.comm.*, 2008, II, 576, con nota di Demuro.

¹⁹ Qui si usa il termine in senso atecnico, ovvero nel significato comune, per indicare disposizioni che dettano norme difformi dalla disciplina codicistica delle società; per un utilizzo del termine in funzione classificatoria v.: Marasà, 1993; Visentini, 1979.

²⁰ Ad esempio, in ordine alla definizione del capitale sociale, alla composizione della compagine azionaria, alla determinazione dell'oggetto sociale e del corporate governance, etc...: V. Torchia 2009, Ibba 2011, Della Scala 2015 e già Sorace 1997.

²¹ Così nel parere del Consiglio di Stato n. 438/2016.

privatizzazione ed esternalizzazione. Tale evoluzione ha avuto come riferimento la trasformazione in società di capitali degli enti pubblici economici che, tra l'altro, gestivano operando in regime di monopolio legale (c.d. "privatizzazione formale o fredda"), con attribuzione della titolarità delle azioni allo Stato che poi le ha cedute ai privati in tutto (dismissione) o in parte (c.d. "privatizzazione sostanziale o calda"), facendo seguire talvolta la quotazione nei mercati regolamentati. A livello locale la gestione dei servizi pubblici viene affidata alle aziende speciali (che sostituiscono le c.d. municipalizzate), le quali poi acquisiscono la personalità giuridica autonoma e quindi diventano società per azioni. La vicenda delle c.d. società strumentali si inserisce invece nella fase più recente dei processi di razionalizzazione degli apparati pubblici. Per ragioni di efficienza e flessibilità operativa molte pubbliche amministrazioni hanno preferito, anziché organizzare all'interno alcune attività strumentali all'esercizio di funzioni amministrative (ad es. la gestione dei servizi informatici) esternalizzarle, cioè affidarle a società da esse costituite e partecipate che svolgono la propria attività in prevalenza per conto delle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici di riferimento.

Osservando il quadro generale dell'evoluzione della disciplina delle partecipazioni azionarie delle amministrazioni pubbliche si rileva un continuo modificarsi di paradigmi, tra spinte alla specialità e ritorni al diritto comune che frammentano e ricompongono i modelli organizzativi delle attività delle pubbliche amministrazioni, sino alla fase più recente caratterizzata da un progressivo ridimensionamento del ruolo delle società pubbliche.

Seguendo il percorso legislativo e giurisprudenziale si nota che - per ovviare alla crescita della spesa pubblica, per far fronte a criticità per "immoralità" o per elusione di vincoli imperativi - si è agito, da un lato eliminando alcuni benefici e privilegi (ad es. con norme che per ridurre i costi hanno inciso su numero e compensi degli amministratori), dall'altro irrigidendo la disciplina applicabile (leggi e giurisprudenza che stringono il nodo delle relazioni tra ente partecipante e società)²². Ma i risultati ottenuti nella fase di espansione del "diritto speciale" non sono stati soddisfacenti: <<il timore di un abbassamento della tutela di valori e interessi di rilievo generale sembra aver determinato l'applicazione alle società partecipate di regole proprie di modelli (aziende speciali, enti pubblici economici) abbandonati perché ritenuti inadeguati. Come conseguenza, l'efficienza e l'economicità, in vista delle quali le società avrebbero dovuto rappresentare la nuova frontiera dell'intervento pubblico nell'economia, sono rimaste quasi sempre sullo sfondo>>. Se <<la privatizzazione della sfera pubblica (...) ne ha comportato (...) una "riorganizzazione" in forma privatistica, il risultato dell'ibridazione appare in termini piuttosto che di privatizzazione del diritto amministrativo di pubblicizzazione del diritto privato>>. Inoltre l'estensione alle società partecipate di istituti di segno pubblicistico finisce <<per paralizzarne lo spirito imprenditoriale e ridurne l'attrattività, con evidente pregiudizio anche per il principio comunitario di libera circolazione di capitali. Alla base delle deludenti performance del settore pubblico c'è anche l'uso che si è fatto del diritto privato per la disciplina dell'organizzazione amministrativa, senza peraltro accettare ciò che del diritto privato è essenziale>>²³.

Se i risultati raggiunti con tali interventi di "diritto speciale" non sono stati soddisfacenti, per contro sono sorti problemi di compatibilità con i principi del diritto europeo posti a tutela della concorrenza e del libero mercato, determinando l'intervento censorio della Corte di giustizia europea e della Corte costituzionale. Infatti, man mano che il legislatore introduce disposizioni che

²² I riferimenti bibliografici delle analisi a cui si fa riferimento sono troppo numerosi per poter essere richiamati; qui per la sintesi si rinvia alla ricostruzione critica di Torchia 2009, *passim*, da cui le citazioni che seguono.

²³ Torchia 2009.

modificano, accentuandola, la componente speciale delle società a partecipazione pubblica, allontanandole dagli schemi del diritto comune per attrarle nel perimetro delle pubbliche amministrazioni²⁴, si creano problemi con il diritto europeo²⁵ per il quale le società pubbliche devono essere sottoposte integralmente alle regole comuni del diritto societario; sono fatte salve le deroghe necessarie per il perseguimento degli interessi pubblici, ma in base a valutazioni di stretta proporzionalità. Quindi, all'accentuazione della specialità per mano legislativa si è contrapposto, soprattutto per via giurisprudenziale, anche e non solo in sede europea, un moto contrario che ha poi condotto il legislatore al ridimensionamento della specialità²⁶, al fine di rispettare le norme costituzionali ed europee di riferimento che legittimano, ma definendone i confini di compatibilità, la disciplina delle società pubbliche. E il legislatore si è preoccupato talvolta di garantire la concorrenza in modo anche più severo di quanto imposto dal diritto europeo.

Per quanto riguarda le norme della Costituzione, i riferimenti per questa materia sono, da un lato gli artt. 41 e 43, dall'altro l'art.118, co.4, come modificato dalla legge costituzionale n.3/2001 e "rinforzato" dal Protocollo n.26 TUE²⁷.

All'art.41, co. 3, Cost. si riconduce la possibilità di interventi pubblici per indirizzare verso attività sociali sia l'attività economica pubblica sia quella privata, sottintendendo che la prima possa non essere diversa dalla seconda²⁸; e anche un riconoscimento della possibilità che lo Stato e i pubblici poteri svolgano attività imprenditoriale. Nell'art. 43 Cost. si legge una copertura costituzionale della piena funzionalità tra stato e mercato, tra pubblico e privato: il suo dettato in tema di possibile nazionalizzazione delle imprese esercenti servizi pubblici è stato interpretato quale indiretta conferma della piena legittimità dell'azione dei privati nel mercato dei servizi pubblici²⁹. L'art.118, co. 4, Cost. assume un rilievo centrale quale espressione del principio di sussidiarietà orizzontale, in base al quale le pubbliche amministrazioni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale (fatte salve le materie espressamente precluse ai privati in quanto formalmente riservate allo Stato³⁰).

Per quanto concerne il diritto europeo, il presupposto risiede nell'art. 345 TFUE, ove si afferma che «i Trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli stati membri»: se ne deduce un atteggiamento di completa neutralità rispetto alla proprietà pubblica o privata delle imprese. Tuttavia a condizione che l'impresa pubblica non goda di regimi privilegiati, ovvero che siano assicurate condizioni di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private in

²⁴ Si tratta di quella che viene definita «una amministrativizzazione dell'attività delle società pubbliche»: v. C.d.S. n.2660/2015.

²⁵ V. la raccomandazione OCSE 2005 e i rilievi di Clarich 2015, p.252

²⁶ V. in particolare più di recente l'intervento del d.l.n.95/2012 (conv. l.n.135/2012) sulla c.d. *spending review* che all'art.4 disciplina la «riduzione delle spese, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche»; all'art. 4, c. 13, secondo periodo, precisa che «le disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali» (abrogato dall'art. 28, co. 1, lett.q) d.lgs. n.175/2016).

²⁷ V. al riguardo Giacconi e Scarpelli, 2014, p.376.

²⁸ V. Sorace, 2016, p.176.

²⁹ V. Chieco 2008, p.270 e ivi riferimenti bibliografici ulteriori. Sulla legittimità delle «esternalizzazioni» di funzioni pubbliche quale scelta discrezionale del legislatore sottoposta all'ordinario giudizio di ragionevolezza v.: Corte Cost. ord.n. 157/2001 e n.277/2005. Sull'inquadramento generale del fenomeno v. Giacconi e Scarpelli 2014.

³⁰ V. Chieco 2008 p.269. Per giurisprudenza della Corte Cost. sull'inquadramento privatistico delle società con partecipazione dello stato o di enti pubblici v.: corte Cost. n.35/1992 e 233/2006 che riconducono al diritto privato le disposizioni sulla nomina e sulla revoca degli amministratori e sottolineano che l'*intuitus personae* sotteso al rapporto di nomina degli amministratori esclude la rilevanza immediata dei principi di buon andamento e imparzialità di cui all'art.97 Cost.

materia di concorrenza. Infatti l'art.106 TFUE vieta agli Stati membri di prevedere per le imprese pubbliche misure contrarie alle norme dei Trattati e in particolare a quelle in materia di concorrenza; ma precisa altresì che le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale (o aventi carattere di monopolio fiscale) sono sottoposte alle norme dei trattati e alle regole di concorrenza <<nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata>>. In sintesi, ne consegue che <<le società pubbliche devono essere sottoposte integralmente alle regole comuni del diritto societario, salvo le deroghe necessarie per il perseguimento degli interessi pubblici, cioè in base a valutazione di stretta proporzionalità>>³¹.

L'Unione europea dunque assume un atteggiamento neutrale nei confronti delle scelte di privatizzazione: le politiche volte ad espandere o, come ora e da ultimo, a ridurre il peso delle imprese pubbliche sono di esclusiva competenza nazionale, purché non vengano attribuiti ingiustificati privilegi al socio pubblico e venga rispettata l'apertura dei mercati alla concorrenza, ovvero che le norme specifiche a favore del socio pubblico siano sottoposte al vaglio del principio di proporzionalità. Infatti dalle numerose decisioni si rileva come la Corte di Giustizia affermi l'indifferenza della configurazione privatistica o pubblicistica delle società che svolgono servizi e attività pubbliche, ma si preoccupi altresì che le stesse non operino con modalità non rispettose della libertà di concorrenza e del mercato³². Sono state proprio le sentenze della Corte di Giustizia, quando è stata chiamata a precisare, in applicazione di tali principi, a quali condizioni rispettose della libertà di concorrenza una società pubblica possa avere un trattamento privilegiato, soprattutto rispetto alla disciplina degli appalti³³, a enucleare una particolare figura di società pubblica, la c.d. *in house providing*.

Per descrivere tale figura può essere utile riprendere la distinzione fra “società di mercato” e “semiamministrazioni”³⁴ prospettata nel Rapporto Assonime sui <<Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche>>³⁵ e diretta a differenziare il regime delle società a partecipazione pubblica operanti sul mercato da quello dei soggetti che, pur avendo forma societaria, sono (ritenuti) di fatto parte della pubblica amministrazione; una distinzione che trova riscontri in dottrina³⁶ e in alcuni interventi della Corte Costituzionale³⁷. La denominazione di “semiamministrazioni” è volta a enucleare le società pubbliche istituite e regolate in modo speciale e che perseguono finalità diverse da quella di esercizio dell'attività d'impresa con scopo lucrativo³⁸; può essere riferita innanzitutto alle società a cui vengono attribuite per legge anche funzioni

³¹ Clarich, 2015, p. 352

³² L'inquadramento privatistico delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici è conforme agli orientamenti espressi dalla Corte di giustizia UE (v. le sentenze 23 ottobre 2007, causa C-112/05, Volkswagen, e 6 dicembre 2007, cause C-446/04 e C-447/04, Federconsumatori, con riguardo alle disposizioni che incidono sul principio di parità di trattamento tra gli azionisti).

³³ Sull'inserimento di società pubbliche nell'organizzazione pubblica attraverso il modello *in house* per consentire gli affidamenti diretti senza gara, alle condizioni di giurisprudenza UE v. CGUE 18/11/1999, causa C-107/98, Teckal.

³⁴ Distinzione introdotta <<per cercare di portare un po' di coerenza nella caotica legislazione e nell'altalenante giurisprudenza>>: Ibba 2011, p.25.

³⁵ Roma, Assonime, 2008, consultabile in www.assonime.it. Al riguardo v., ad es., Ibba 2011, Clarich 2015.

³⁶ Per la dottrina giuspubblicista v. Cammelli-Dugato 2008, Clarich 2015; per la dottrina commercialista v. Libertini, 2008.

³⁷ V. Corte Cost. n.326/2009 e Corte Cost. n.148/2009 dove è valorizzata, nell'ambito delle società a partecipazione pubblica, la distinzione tra le società che svolgono attività d'impresa e società che svolgono attività amministrativa in forma privatistica.

³⁸ Per Clarich 2015, p.352 è stata proposta proprio per stigmatizzare un uso ritenuto improprio dello strumento societario.

pubbliche in senso proprio. Rientra tra le “semiamministrazioni” la tipologia delle c.d. società *in house* - così legate sul piano organizzativo e operativo a una pubblica amministrazione da poter essere equiparate a un ufficio interno della medesima (per questo: *in house*) - la cui nozione è stata elaborata dalla giurisprudenza europea in applicazione dei principi in materia di affidamento di contratti pubblici e concessioni. La CGUE, a partire dalla sentenza Teckal del 1999³⁹, ha indicato i requisiti necessari alle società per poter essere affidatarie dirette da parte delle pubbliche amministrazioni di contratti pubblici, remunerati da queste, in deroga al regime dell’evidenza pubblica. I principali sono: il <<controllo analogo>> e lo svolgimento della parte più rilevante dell’attività a favore delle amministrazioni pubbliche.

Il primo requisito assicura che l’amministrazione titolare delle partecipazioni abbia con la società *in house* un rapporto così stretto da assimilarla a un organo interno della pubblica amministrazione. Perché si riscontri il “controllo analogo” occorre sia una partecipazione totalitaria (o quantomeno la presenza di una partecipazione privata solo minoritaria, senza controllo e potere di veto e influenza determinante⁴⁰) sia che lo statuto della società o altri strumenti convenzionali garantiscano alla pubblica amministrazione titolare delle azioni il potere di influire direttamente sulle strategie e decisioni fondamentali della società e di controllarne l’attività⁴¹. Il secondo requisito è volto ad impedire che la società *in house* operi sul mercato alterando la condizione di parità concorrenziale rispetto a società che svolgono attività simili, sfruttando il vantaggio di aver avuto un affidamento diretto da parte di una pubblica amministrazione. La regola ora introdotta dall’art. 16, co. 3, d.lgs.n.175/2016, in conformità all’orientamento più aperto delle direttive europee in materia di appalti emanate nel 2014, prevede che almeno l’80% del fatturato debba essere effettuato per lo svolgimento di compiti affidati dall’ente pubblico socio, salvo limitate eccezioni⁴².

Le società *in house* hanno posto problemi su diversi piani. Per quanto concerne la prassi, è sufficiente citare i rilievi della Corte Conti⁴³: <<la “societarizzazione” delle funzioni amministrative attraverso la diffusione incontrollata del modello *in house* non ha risparmiato alcun livello di governo, generando incremento dei costi, duplicazione e sovrapposizione di strutture, elusione dai

³⁹ V. CGUE 18.11.1999, Causa C-107/98, cit. *supra*, ove – al punto 50 – si fa riferimento al <<controllo analogo>> e allo svolgimento <<della parte più importante della propria attività>> per un ente pubblico (locale) come condizioni per escludere l’applicazione delle norme europee sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

⁴⁰ Così Clarich 2015, il quale rileva come la tesi che negava la possibilità di una partecipazione anche minoritaria di soggetti privati, perché “inquinante”, sia stata superata dalle nuove direttive in materia di appalti pubblici che aprono la strada a una disciplina meno rigorosa, consentendo una partecipazione privata minoritaria, purché senza controllo e potere di veto e influenza determinante (dir.2014/24 par.12, art.28 dir.2014/25 par.28, art.17 dir.2014/23, par.17). La disciplina delle società *in house* dettata dal d.lgs. n. 175/2016 consente l’affidamento diretto di contratti pubblici alle società *in house* <<solo se non vi sia una partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l’esercizio di un’influenza determinante sulla società controllata>> (art.16, co.1).

⁴¹ V. così ora la definizione di controllo analogo contenuta nell’art.2, co.1, lett. c) d.lgs. n.175/2016: è la situazione in cui l’amministrazione esercita sulla società *in house* <<un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un’influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall’amministrazione partecipante>>.

⁴² La produzione ulteriore rispetto a tale limite di fatturato è possibile solo a condizione che la stessa permetta di consentire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell’attività principale della società. La giurisprudenza non aveva indicato una % numerica del fatturato che deve essere eseguito per conto dell’amministrazione socia, ma in genere si riteneva che dovesse essere maggiore di 80-90%. Le nuove direttive sugli appalti pubblici indicano l’80%. Si ricorda che le società *in house* sono tenute all’acquisto di beni e servizi tramite procedure ad evidenza pubblica.

⁴³ Corte dei Conti, sez.riun. contr., n.10/2014.

vincoli pubblicistici>>. Per quanto concerne l'inquadramento giuridico di tali società, questo è sempre stato particolarmente controverso. Se per tutte le società partecipate si sono prospettate – soprattutto nella giurisprudenza amministrativa e contabile – tesi c.d. sostanzialistiche, basate sul carattere assorbente della natura pubblica del socio rispetto a quella privatistica del tipo di società, per le società in *house* è stata particolarmente forte l'opzione interpretativa favorevole all'equiparazione con le dinamiche organizzative più tradizionali della pubblica amministrazione, ovvero a sostenere che tra l'amministrazione pubblica e l'ente da questa interamente partecipato esiste un controllo talmente intenso da escludere, nella sostanza, l'alterità⁴⁴. Si sottolinea che, mentre <<la società collegata resta formalmente giuridicamente distinta dall'ente madre, il soggetto in *house* è legato a questa da uno strettissimo rapporto, di tipo gerarchico, in forza del quale la separatezza formale diviene mera finzione giuridica, simulacro di un involucro solo apparente che non impedisce di qualificarlo come una specie di articolazione organizzativa interna della pubblica amministrazione di riferimento, incapace di distaccarsene, se non a pena di mutare lo schema giuridico cui va ricondotta la sua soggettività>>⁴⁵.

Tuttavia la giurisprudenza della Corte di Cassazione non è univoca. Sono numerose le decisioni a sostegno della tesi della specialità⁴⁶, per le quali la società in *house* è privata solo nella forma, ma non nella sostanza: anche se il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario, non è possibile parlare di società di capitali come persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio. Ma si riscontrano - soprattutto in seguito all'interpretazione autentica a favore della lettura privatistica di cui alla l.n.135/2012⁴⁷ - anche decisioni in cui si afferma che le società in *house*, fatta salva la giurisdizione della Corte dei Conti per danno erariale causato da amministratori e dipendenti, <<sono regolate da medesima disciplina che regola le partecipate>>. Molto significativi al riguardo sono i rilievi di Cass. S.U. ord. n.24591/2016: è vero che <<il tipo di rapporto che lega gli organi di una società in *house* all'ente pubblico da cui la società promana è troppo simile a quello che intercorre tra la medesima amministrazione e i propri dipendenti per poter giustificare un diverso regime di responsabilità, quanto alla giurisdizione ed ai riflessi sulle regole che presidiano la responsabilità di quei soggetti>>; ma ciò <<non implica che anche sotto ogni altro profilo l'adozione del paradigma organizzativo societario che caratterizza la società in *house* sia irrilevante e che le regole proprie del diritto societario siano poste fuori gioco. Sarebbe illogico postulare che la scelta di quel paradigma privatistico per la realizzazione delle finalità perseguite dalla pubblica amministrazione sia giuridicamente priva di conseguenze ed è viceversa del tutto naturale che quella scelta, ove non vi siano specifiche disposizioni in contrario o ragioni ostative di sistema, comporti l'applicazione del regime giuridico proprio dello strumento societario adoperato>>.

2.2. Le norme relative al personale

Nel percorso altalenante della regolazione delle società pubbliche la disciplina dei rapporti di lavoro – con riguardo alle assunzioni e alle retribuzioni – ha svolto, per quanto indirettamente, un ruolo da protagonista. Nelle analisi della dottrina pubblicista e giuscommercialista, così come si

⁴⁴ V. Piperata 2009, p. 638; v. Corte Cost. n.29/2006 circa l'applicabilità dell'art. 97 Cost. a società che per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici.

⁴⁵ V. Clarich 2015.

⁴⁶ V. a titolo indicativo, tra le molte: Cass. n.262837/2013; Cass n.26283/2013 (con riferimento all'azione di responsabilità nei confronti degli organi societari per responsabilità erariale; Cass SU ord. 24737/2016, §5.9 lett. e).

⁴⁷ V. l'art 4, c. 13, secondo periodo, cit, *supra*, ritenuta in dottrina una interpretazione autentica "pan privatista".

adducono quali esempi di “abuso della libertà” nella gestione delle società pubbliche, nella prima fase delle privatizzazioni, le prassi non corrette in materia di assunzione e di entità delle retribuzioni⁴⁸, si indicano come emblematici della fase caratterizzata dalla “specialità” gli interventi di “moralizzazione” sulle discipline relative al personale, che <<però hanno l’inconveniente di introdurre vincoli pubblicistici>>⁴⁹. Infatti le norme relative alle assunzioni e ai compensi introdotte nel 2008 per finalità di “moralizzazione” e di riduzione di costi sono comprese nell’elenco degli interventi legislativi volti a evitare che lo schermo della forma giuridica privata possa determinare l’elusione di vincoli necessari all’azione pubblica, a prescindere dalla sua forma di esplicazione; ma da cui deriva la specialità organizzativa e di funzionamento delle società per azioni, trattandosi dell’estensione ad essa di vincoli ritenuti tipicamente pubblicistici.

In altri termini, le norme vincolanti in materia di reclutamento e di retribuzioni sono comprese tra i protagonisti⁵⁰ di quello che viene definito come un processo di pubblicizzazione che ha “contaminato” in modo incisivo la disciplina codicistica delle società pubbliche, determinando una “ibridazione” tra regole pubblicistiche e privatistiche tale da condurre dottrina e giurisprudenza a mettere in discussione la qualificazione giuridica di tali società⁵¹. In particolare, tra gli argomenti adottati a riprova dell’attrazione delle società partecipate nell’alveo della sfera pubblicistica si menzionano le norme dell’art.18, d.l. n.112/2008 (convertito con modifiche in l.n.133/2008) che impongono ad “alcune” società a partecipazione pubblica, da un lato (co. 1 e 2) di applicare per la selezione del personale “alcune” delle regole del d.lgs. n.165/2001 disposte per il reclutamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, dall’altro lato (co. 2-*bis*) di rispettare i divieti e i limiti alle assunzioni posti per le pubbliche amministrazioni dal d.lgs. n.165/2001 e di adeguare le proprie politiche del personale alle norme vigenti per le amministrazioni controllanti in materia di contenimento di oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria. Tutte le regole e i vincoli sono riferiti anche al conferimento degli incarichi.

In dottrina si sottolinea come l’effetto dell’introduzione di <<massicce dosi di diritto pubblico proprio nel cuore dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle società a partecipazione pubblica>>⁵² sia l’amministrativizzazione delle società a partecipazione pubblica che, a parte la veste giuridica di diritto privato, vengono assoggettate alle regole proprie degli enti pubblici. Peraltro tra i giuslavoristi ci sono anche interpretazioni volte – condivisibilmente - a ridimensionare sul piano interpretativo, almeno con riguardo alle regole per le assunzioni, il rilievo della specialità e della regola pubblicistica (*v.infra*)⁵³.

⁴⁸ La privatizzazione libera dai vincoli del concorso e dai tetti di spesa (specie dal 2000): si sceglie chi assumere e non si hanno limiti alle assunzioni, le retribuzioni si muovono fuori da vincoli. Ma di questa libertà si abusa e quindi il legislatore interviene per porre limiti.

⁴⁹ Torchia 2009.

⁵⁰ Per Torchia 2009, p. 37 e nota 25, il dibattito sulla natura sostanziale delle società a partecipazione pubblica ha acquistato nuovo vigore in seguito alla codificazione nel nostro ordinamento delle società *in house*, per le quali l’immedesimazione con l’ente socio è pressoché totale. La codificazione sarebbe avvenuta con l’art.18 l.n.133/2008, perché questo prescrive che l’assunzione deve avvenire per concorso e ai fini del rispetto del patto di stabilità interno non conta la distinzione formale della società affidataria dal comune.

⁵¹ Per un’analisi puntuale delle politiche restrittive sulle società pubbliche disposte dall’art. 13, l.n.248/2006 e dall’art.3, co.27, l.n.244/07 v.: Sordi 2010, per i riflessi delle dimissioni sui rapporti di lavoro e per le differenze tra privatizzazione formale o sostanziale; Chieco 2008, pp.274 ss, ove l’interessante rilievo delle differenze tra il processo di de-pubblicizzazione delle società avviato nel 2006 e il processo di pubblicizzazione della disciplina dei rapporti di lavoro in tali società avviato nel 2008.

⁵² Albi 2011, p. 234.

⁵³ Caruso 2008.

Queste disposizioni hanno poi seguito la sorte conseguente al percorso ondivago del legislatore: sono state oggetto di numerose modifiche, che in alcuni casi hanno condotto a cambiarne interamente il contenuto, per essere poi nella maggior parte abrogate dal d.lgs. n.175/2016, il quale peraltro ha riformulato, ma non cancellato, le regole “speciali”. Pur senza ricostruire tutti i passaggi⁵⁴, è opportuno illustrare sinteticamente i contenuti delle disposizioni in oggetto, sia per valutare il significato, sul piano generale della disciplina del lavoro, di quegli interventi legislativi sia per consentire il confronto con le “nuove regole” in materia di reclutamento e retribuzione introdotte dal d.lg. n.175/2016.

L’art. 18 d.l. n.112/2008, nel testo conseguente alla conversione con modifiche nella legge n.133/2008⁵⁵, è composto da tre brevi commi che introducono specifiche regole per il <<reclutamento del personale nelle società pubbliche>> (così la rubrica dell’articolo), ma con differenziazioni in base alla tipologia delle società stesse. Così dispone: le società che gestiscono *servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica* adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi *nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell’art.3, dlgs n.165/01* (co. 1); le *altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo* adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi *nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, imparzialità, pubblicità* (co. 2). I vincoli non si applicano a società quotate sui mercati regolamentati (co. 3). (corsivi miei). Il d.l. n. 138/2011, convertito con modifiche in l.n.148/2011, all’art.3-*bis* volto a regolare <<ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali>> interviene a precisare che le società affidatarie *in house*, tenute all’acquisto di beni e servizi tramite procedure ad evidenza pubblica, adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al co. 3 dell’art.35 d.lgs. n.165/2001 (così al co. 6).

Le disposizioni in oggetto hanno sollevato numerosi interrogativi: quale il significato da attribuire alla distinzione delle regole in relazione alla tipologia delle società destinatarie⁵⁶; l’estensione o meno dei vincoli alle assunzioni con contratti a termine o più in generale flessibili; l’applicazione anche alle progressioni verticali. Ancora, quali siano le conseguenze sanzionatorie della violazione delle regole e se sia configurabile la conversione del rapporto nei casi in cui essa è prescritta nel lavoro privato; se si applichino alla procedura concorsuale le regole pubblicitiche con competenza giurisdizionale del giudice amministrativo o al contrario se si tratti di “concorsi privati” con competenza del giudice ordinario.

Si possono riepilogare rapidamente le risposte degli interpreti⁵⁷, considerando che tutte le disposizioni citate sono stati abrogate dal d.lgs. n.175/2016⁵⁸, il quale ripropone in altra formula le

⁵⁴ In particolare seguire i mutamenti subiti dal co. 2-*bis* dell’art.18 e dall’art.23-*bis*, l.n.133/2008, è un vero rompicapo.

⁵⁵ L’art. 18, l.n.133/2008 sarà più volte modificato, ma non i tre commi sulle modalità di assunzione.

⁵⁶ Per quanto riguarda l’ambito soggettivo di applicazione delle norme, le società considerate sono di tre tipi: le società a totale partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali; altre, non meglio specificate, società a totale partecipazione o a controllo pubblico; le società quotate (individuate per escluderle). Per un commento critico sulla differenziazione di regimi a seconda del tipo di società, v. Piperata 2009, pp.632 e 636, che dubita del rispetto dei principi di eguaglianza e ragionevolezza.

⁵⁷ Per l’analisi critica puntuale si rinvia in particolare a: Chieco 2008, Piperata 2009, Sordi 2010, Fontana 2014, Albi 2015. <<Spigolando attraverso la legge>> n. 133/2008 F.Carinci (2008, 959) a commento dei disposti dell’art. 18 osserva che rappresentano <<una testimonianza significativa di una persistente fiducia salvifica nella “opzione concorsuale” a fronte di quella che si sospetta essere diffusa in questa tipologia di società, cioè una prassi clientelare>>. Pizzoferrato (2008, 1045), considerando l’art.18 chiara espressione del processo di <<assimilazione funzionale>> in

medesime regole (v. *infra*, §3.3). Viene data risposta positiva in merito all'applicabilità dei vincoli anche per le assunzioni con contratto di lavoro a termine, negativa, condivisibilmente, per le progressioni verticali⁵⁹; prevale, anche se non mancano voci contrarie in giurisprudenza, la lettura privatistica per quanto concerne la qualificazione giuridica delle procedure selettive e la giurisdizione per le relative controversie⁶⁰; perplessità suscita l'applicazione dei vincoli agli incarichi⁶¹. Ancora, è condivisibile l'interpretazione volta a escludere una applicazione rigida dei criteri dettati dall'art.35, c.3, d.lg. n.165/2001⁶², per evitare il rischio <<che anche società private, che dovrebbero operare nel mercato, finiscano con il reclutare con regole di concorso pubblico (...) o dell'avviamento tramite servizi per l'impiego delle basse qualifiche. Questo adeguamento inerziale e passivo non è affatto imposto dalla norma. Conformarsi e rispettare i principi dell'evidenza pubblica non significa adottare le regole del pubblico concorso>>⁶³.

Le problematiche sulle conseguenze della violazione delle norme restano invece senza risposte chiare e condivise⁶⁴.

Per quanto concerne le limitazioni poste sia alle assunzioni sia alle retribuzioni, di questo si occupa il co. 2-*bis* dell'art. 18, l. n.133/2008, introdotto dall'art.19, co.1, d.l. n.78/2009, convertito con modifiche in l.n.102/2009. Si tratta di una disposizione che ha subito numerose modifiche: dall'art.1, co. 550 e 557, l. n.147/2013, dall'art.4, co.12-*bis*, d.l. n.66/2014 (conv. in l. n.89/2014), dall'art.3, c.5-*quiquies* d.l. n.90/2014 (conv. in l.n.114/2014) e da ultimo dal d.lgs. n.175/2016. Gli interventi del legislatore trasformano la disposizione in modo rilevante, cambiando l'ambito di

atto nell'ordinamento giuridico delle società a partecipazione pubblica totale o di controllo, critica l'esclusione di tali società dall'applicazione delle disposizioni sulla valutazione del personale delle pubbliche amministrazioni che il legislatore si apprestava a varare.

⁵⁸ I co. 1,2,3 dell'art.18 l.n.133/2008 sono abrogati dall'art. 28, c.1, lett.g), il co.6, art.3 bis, l.n.148/2011 dall'art. 28, co.1, lett.g), del d.lgs. n.175/2016,

⁵⁹ V. al riguardo Albi 2015, pp.237-238.

⁶⁰ In dottrina v. Caruso 2008, p.494: <<Le procedure, ispirate ai principi dell'evidenza pubblica, non danno luogo a un procedimento amministrativo; la selezione, ispirata ai principi dell'evidenza pubblica, posta in essere da un'impresa, rimane pur sempre una procedura di diritto privato che, in quanto tale, è sottoposta al controllo del giudice ordinario (per il rispetto dei principi di correttezza e buona fede; questi ultimi "colorati per legge" dai principi più specifici dell'evidenza pubblica)>>. 'E peraltro significativo che venga ipotizzata anche una diversa configurazione della qualificazione giuridica: nella fattispecie di cui al comma 2 si ritiene siano selezioni di natura privatistica con competenza del giudice ordinario; per le società di servizi pubblici locali per le quali, al comma 1, si rinvia all'art.35, c.3, d.lgs. 165/2001 si tratterebbe di pubblico concorso con giurisdizione del giudice amministrativo: v. Della Scala 2015. Dubbi esprime Piperata 2009, 635 circa la natura pubblicistica e l'autorità chiamata a garantire la tutela al lavoratore. In giurisprudenza, emblematiche due contrastanti decisioni del Consiglio di Stato: per C.d.S., sez.V, 8 giugno 2015, n.2794, la giurisdizione in materia di procedure di reclutamento per l'assunzione di personale in una società a partecipazione pubblica, anche in costanza del disposto dell'art.18, l. n.133/2008, che è una norma di carattere sostanziale non incidente sulla giurisdizione, appartiene al Giudice ordinario, dato che si tratta di una società per azioni soggetta a regole privatistiche, a nulla rilevando il fatto di essere partecipata da capitali pubblici e soggetta a varie forme di controllo e indirizzi pubblici; al contrario per C.d.S., sez.VI, 11 dicembre 2015, n. 5643, il legislatore con l'art. 18 ha inteso introdurre a carico delle società pubbliche <<vincoli di trasparenza, imparzialità, pubblicità ed economicità per il reclutamento del personale che di regola l'art.97 Cost. impone per le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici strettamente intesi>> con conseguente attrazione delle relative controversie nella competenza del giudice amministrativo ex art. 63, c.4, d.lgs. 165/2001. Per Cass. S.U. ord. 28329/2011, l'obbligo di cui all'art.18, co.2, l.n.133/2008 si inserisce pur sempre <<nell'agire (*iure privatorum*) della società, senza comportare esercizi di pubbliche potestà e senza incidere sulla giurisdizione>>.

⁶¹ Sugli incarichi v. Piperata 2009, p.646 ss

⁶² Per la loro analisi v.: Luciani 2004, D'Onghia 2010, Lozito 2015.

⁶³ V. Caruso, 2008, p.494.

⁶⁴ Per quanto riguarda la nullità del contratto per violazione delle norme sulle assunzioni, esclusa, nel silenzio dell'art. 18 l. n.133/2008, da Caruso 2008, 493, questa è ora espressamente prescritta dal d.lgs.n. 175/2016. Sulla questione della conversione del rapporto di lavoro, per la quale si rinvia all'analisi di Fontana 2014, e sulla giurisprudenza in materia, per la quale v. anche Raimondi 2014, si rinvia al § 3.3.

applicazione e attenuando la rigidità dei vincoli; da ultimo il d.lgs. n.175/2016 la lascia sopravvivere (quale unica norma residua dell'art.18), ma, cambiando la rubrica dell'articolo, ne esclude l'applicabilità alle società pubbliche⁶⁵, alle quali riserva una disciplina *ad hoc* (v. *infra* §3.3). Il co. 6 dell'art. 3-bis, l.n.148/2011 estende alle società affidatarie in *house* l'applicazione delle <<disposizioni che stabiliscono a carico degli enti locali divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitarie e per le consulenze anche degli amministratori>> (anch'esso abrogato dal d.lgs. n.175/2016).

Poiché anche le disposizioni da ultimo richiamate - complesse e ambigue nella formulazione, di non agevole lettura anche con riguardo all'ambito soggettivo di applicazione - non sono più in vigore per le società pubbliche, ci si limita ad alcuni rilievi volti ad evidenziare le trasformazioni intervenute nel tipo di regolazione⁶⁶.

Per quanto concerne le politiche di reclutamento, si passa da una formulazione che impone alle società a partecipazione pubblica totale o di controllo l'applicazione diretta del regime limitativo delle assunzioni stabilito per la pubblica amministrazione controllante, al meno vincolante obbligo di attenersi al principio di riduzione dei costi del personale attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni del personale. Sembrano dunque aprirsi spazi di discrezionalità per le società partecipate, le quali possono attuare con propri provvedimenti gli indirizzi ricevuti dalle società controllanti.

Con riferimento alle misure in tema di oneri retributivi, sempre disciplinate – nelle molteplici versioni succedutesi nel tempo - dal co. 2-*bis* dell'art.18, l. 133/2008⁶⁷, le questioni sollevate dall'interpretazione delle disposizioni legislative riguardano sia l'estensione dei margini di autonomia delle società pubbliche sia soprattutto i vincoli posti alla autonomia contrattuale collettiva. E' da sottolineare in particolare come il legislatore, al fine di assicurare il contenimento degli oneri contrattuali e della altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze, coinvolga, su atti di indirizzo dell'ente controllante, la contrattazione collettiva di secondo livello per la concreta applicazione di vincoli alla retribuzione individuale e alla retribuzione accessoria, e definisca il rapporto tra questa e il contratto nazionale. Tuttavia il legislatore, preoccupato soprattutto di assicurare il contenimento della spesa pubblica, non sembra sempre consapevole delle differenze di disciplina che sussistono, nonostante la comune qualificazione giuridica privatistica, tra i rapporti di lavoro alle dipendenze delle società a partecipazione pubblica e quelli alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. In particolare non pare consapevole delle peculiarità che connotano la disciplina dei contratti collettivi del settore pubblico rispetto a quelli del settore privato applicati ai dipendenti delle società partecipate; e delle conseguenze, per l'applicazione dei tetti alle retribuzioni, della differente struttura retributiva, nonché dei vincoli introdotti dal d.l.n.78/2010 che pone il blocco alla contrattazione collettiva del solo settore pubblico. Il risultato

⁶⁵ Ora è riferita unicamente alle <<aziende e istituzioni pubbliche>> L'art. 27, c.1, lett.b), d.lgs.n. 175/2016 dispone che al co. 2-*bis* dell'art.18, l.n.133/2008 le parole <<Le aziende speciali, le istituzioni e le società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo>>, ovunque occorrono, sono sostituite dalle parole <<Le aziende speciali e le istituzioni>>.

⁶⁶ Si rinvia ad Albi 2015 e a Fontana 2014 per un'analisi puntuale del succedersi delle modifiche.

⁶⁷ Per le società *in house* l'art.3bis, co. 6, l.n.148/2011 dispone l'adozione, con propri provvedimenti, di criteri e modalità per l'adeguamento alle disposizioni che stabiliscono a carico degli enti locali divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitarie e per le consulenze anche degli amministratori>>.

sono numerose incongruenze, di cui peraltro qui non si può dar conto, rinviando alle analisi della dottrina⁶⁸.

Sulle difficoltà applicative dell'art.18, co.2-*bis*, l.n. 133/2008 e dell'art. 3-*bis*, co. 6, l.n. 148/2011 per il contrasto tra i principi pubblicistici e l'autonomia collettiva è interessante la nota del Ministero dello Sviluppo economico del 17 gennaio 2013, n.946, riferita a tutte le società *in house*, ove si precisano le modalità con cui queste possono sviluppare la contrattazione collettiva per i propri dipendenti, in base alle direttive degli enti locali soci, i quali devono altresì controllare le dinamiche delle intese decentrate <<poiché le società si devono adeguare alla disciplina delle amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva>>. Su tali questioni si sono pronunciate anche alcune sezioni di controllo della Corte dei Conti, evidenziando l'obbligo per le società di adeguare le proprie politiche del personale ai principi di contenimento: tra le altre, la Corte dei Conti della Lombardia con le delibere n.7/2012 e n.260/2012 e la Sezione di Controllo del Lazio con la delibera n. 143/2013, la quale significativamente si chiude con l'affermazione che <<un intervento legislativo che armonizzi e chiarisca vincoli di finanza pubblica e soggetti coinvolti sarebbe comunque opportuno>>.

Per completare il quadro delle norme in materia di gestione del personale delle società pubbliche vigenti prima del riordino attuato con il d.lgs n. 175/2016 si devono richiamare anche l'art.23-*bis* l.n.133/2008, l'art. 1, co. 672, l.n. 208/2015 (il quale aveva sostituito l'art. 23-*bis* del d.l. 201/2011) e i commi da 563 a 568 della l. n.147/2013; ma non c'è spazio per entrare nel merito del loro contenuto. Ci si limita a ricordare che l'art. 23-*bis*, introdotto con la legge di conversione del d.l. n.112/2008 per disciplinare i servizi pubblici locali a rilevanza economica con riferimento a società sia in *house* sia miste, dopo aver subito modifiche legislative e un intervento censorio della Corte Costituzionale è stato abrogato dal d.p.r. n.113/2011 a seguito del referendum popolare del 12-13 giugno 2011 e che la regolazione della materia successivamente introdotta con l'art.4, d.l. n.138/2011 (conv. in l.148/2011) è stata dichiarata incostituzionale in quanto sostanzialmente simile alla disciplina previgente e quindi in violazione della volontà popolare affermata con il referendum⁶⁹. L'art. 1, co. 672, legge 28 dicembre 2015, n. 208 interviene in merito alle politiche retributive delle società in controllo pubblico estendendo anche «ai dirigenti e ai dipendenti» il meccanismo eteronomo di determinazione dei trattamenti economici da tempo previsto per la remunerazione degli amministratori e dei componenti degli organi di controllo. Dei commi da 563 a 568 della l. n.147/2013, che disciplinano i processi di mobilità in caso di eccedenza del personale ci si occuperà nel § 5, in quanto ancora in parte applicabili alle procedure in corso alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 175/2016.

3. *Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*

3.1. *Un percorso a ostacoli*

Il 19 agosto 2016 è stato emanato, con il d.lgs. n.175, il primo Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, in base ai principi e ai criteri direttivi indicati dalla l.n.124/2015, che detta al Governo le deleghe <<in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche>>: per i profili generali <<di semplificazione>> nell'art.16, per quelli specifici <<per il riordino della

⁶⁸ Si rinvia alla puntuale analisi critica di Albi 2015 sia per la ricostruzione del rompicapo normativo sia per la sua interpretazione.

⁶⁹ Corte Cost. n. 199/2012. Si rinvia a Piperata 2009 e a Fontana 2014.

disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche>> nell'art.18⁷⁰. Il <<fine prioritario>>, indicato al primo comma dell'art.18 della legge delega, è quello <<di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza>>.

Che ci fosse la necessità di un riordino viene riconosciuto in tutti i commenti all'intervento legislativo, perché, come si è più volte sottolineato nei paragrafi precedenti, <<si erano succeduti, sempre di più negli ultimi anni, molti interventi legislativi con finalità eterogenee (...) che avevano regolato numerosi aspetti dell'attività e dell'organizzazione delle società pubbliche in modo frammentario e incoerente, dando luogo a un regime composito, di difficile ricostruzione e, di conseguenza, con un basso grado di attuazione ed effettività>>⁷¹. Inoltre, nella disciplina delle società pubbliche esisteva <<un intreccio non sempre districabile tra norme civilistiche e disposizioni speciali di varia natura e con diverse finalità, che ha finito per disegnare un ampio e imprecisato campo nel quale di volta in volta, in relazione a singole fattispecie, si applica una disciplina strettamente pubblicistica, ovvero una privatistica, ovvero varie discipline per così dire "intermedie">>⁷².

Tuttavia il percorso del decreto legislativo verso la sua implementazione è stato subito ostacolato dall'intervento della Corte Costituzionale, la quale con la sentenza n. 251 del 25 novembre 2016 ha dichiarato incostituzionali diverse disposizioni della legge delega n. 124/2015 – tra le quali quelle dirette alla riorganizzazione delle partecipazioni azionarie delle amministrazioni pubbliche e dei servizi pubblici locali di interesse economico generale (artt. 16, 18, 19) - nella parte in cui richiedevano per l'adozione da parte del Governo dei decreti legislativi attuativi solo il "parere", anziché l'"intesa", con le Regioni⁷³. La Corte ritiene che così non sia soddisfatto, su alcune specifiche materie di competenza anche regionale, il rispetto del principio di leale collaborazione, considerato il concorso di competenze, inestricabilmente connesse, statali e regionali, nessuna delle quali prevalente. In particolare, nella sentenza si è affermato che tale principio avrebbe dovuto essere assicurato anche nell'ambito del procedimento legislativo di delega, con un coinvolgimento delle autonomie regionali attraverso lo strumento dell'intesa e non del semplice parere⁷⁴. La Corte Costituzionale ha peraltro precisato che l'illegittimità costituzionale resta circoscritta alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estende alle relative disposizioni attuative: nel caso di impugnazione di tali disposizioni si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle <<soluzioni

⁷⁰ Per i commenti alla legge delega con riguardo alle società partecipate, con attenzione ai profili giuslavoristici v.in particolare: Chieco 2015 (che commenta il disegno di legge delega); D'Auria 2015.

⁷¹ Così Clarich e Mattarella, 2016, p. 10. Bonura (2017, p. 345) a proposito della frammentazione legislativa segnala la presenza di una quarantina di norme in materia di società pubbliche nelle ultime tre leggi di Stabilità.

⁷² Così Corte Conti, sez.riun.controllo, n.10/2014.

⁷³ C.Cost. 25.11.2016, n. 251, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale (tra l'altro) dell'art. 18, lett. a), b), c), e), i), l) e m), numeri da 1) a 7), della legge n. 124 del 2015, nella parte in cui, in combinato disposto con l'art. 16, commi 1 e 4, della medesima legge n. 124 del 2015, prevede che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata.

⁷⁴ Lo strumento dell'intesa viene ritenuto dalla Corte Costituzionale maggiormente conforme al principio di leale collaborazione, in relazione all'effettivo coinvolgimento delle Regioni attraverso il sistema delle Conferenze, richiesto proprio dallo stretto intreccio tra materie e competenze presente nel decreto. L'intesa consente, infatti, alle Regioni di partecipare con il Governo nella definizione della disciplina finale, sfruttando gli spazi lasciati aperti dal legislatore delegante che ha indicato principi e criteri direttivi puntuali.

correttive>> che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione⁷⁵.

Il Consiglio di Stato, con il parere n.83 espresso il 17 gennaio 2017 in risposta a un quesito formulato dal Ministro per la semplificazione e la Pubblica Amministrazione, ha indicato al Governo le modalità con cui attuare la sentenza della Corte senza far venir meno le riforme già adottate, considerata l'importanza di <<portare a termine le previsioni della l. n. 124>>, anche <<per non far perdere slancio riformatore all'intero disegno: i decreti legislativi interessati dalla sentenza costituiscono, infatti, non soltanto misure di grande rilievo di per sé, ma anche elementi di una riforma complessiva, che risulterebbe meno incisiva se limitata ad alcuni settori>>. Nel parere si afferma: da un lato non è necessario intervenire nuovamente sulla legge delega, poiché questa deve ritenersi già riscritta dalla Corte in conformità al dettato costituzionale, con la previsione dell'intesa al posto del parere; dall'altro lato i decreti legislativi già adottati <<restano validi ed efficaci fino a una eventuale pronuncia della Corte che li riguardi direttamente, e salvi i possibili interventi correttivi che nelle more dovessero essere effettuati>>. Il Governo può dunque raggiungere l'intesa con le Regioni in Conferenza Stato-Regioni, o in Conferenza unificata a seconda dei casi, secondo la normativa vigente (d.lgs. n. 281/1997) e far confluire tale intesa in decreti correttivi (previsti dalla stessa l. n.124/2015) che intervengano direttamente sui decreti legislativi già vigenti per sanare il vizio procedimentale di illegittimità costituzionale. Peraltro l'intesa <<deve riferirsi al decreto nel suo complesso>>, e non solo a sue singole parti, perché rientra nella disponibilità delle parti dell'intesa disciplinare anche degli effetti già dispiegati nel <<periodo intercorso tra l'entrata in vigore del decreto legislativo originario e quella del decreto correttivo>>. Il Consiglio di Stato ritiene quindi che il percorso più ragionevole e compatibile con l'impianto della sentenza sia quello dell'adozione da parte del Governo di decreti correttivi che intervengano direttamente sui decreti legislativi e che si risolvano nell'applicazione della disciplina della delega – come modificata dalla Corte Costituzionale – al processo di riforma in corso. Il Governo ha seguito tale indicazione. Dei cinque decreti legislativi di attuazione coinvolti dalla sentenza della Consulta - riguardanti: i servizi pubblici locali, la dirigenza, il licenziamento disciplinare, la dirigenza sanitaria, le società partecipate - mentre i primi due decreti, che erano ancora all'inizio del percorso di approvazione, non sono stati emanati⁷⁶, gli ultimi tre – d.lgs.20 giugno 2016, n. 116, in materia di licenziamento disciplinare, d.lgs.4 agosto 2016, n. 171, in materia di dirigenza sanitaria, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica – che erano già in vigore al momento della pubblicazione della sentenza sono stati sottoposti all'*iter* per l'emanazione del decreto correttivo previa intesa con le Regioni⁷⁷.

⁷⁵ Per un commento alla sentenza con particolare riguardo ai profili giuslavoristici v. Mezzocapo 2017.V. altresì Gambardella 2017.

⁷⁶ Per quanto riguarda i casi in cui la delega è scaduta e, in particolare, le norme che autorizzano la riforma dei servizi pubblici locali e della dirigenza pubblica, il Consiglio di Stato ritiene possibile il ricorso sia ad una nuova legge delega che riapra i termini della precedente, sia ad un disegno di legge governativo avente, almeno in parte, il contenuto del decreto delegato che andrebbe a sostituire.

⁷⁷ Per quanto concerne la disciplina delle società pubbliche, il 20 febbraio il Consiglio dei ministri ha approvato lo <<Schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive>> del d.lgs.n.175/2016, il quale il 14 marzo ha ricevuto il parere favorevole, con osservazioni, del Consiglio di Stato (Parere della Commissione speciale n.638); il 16 marzo viene sancita l'intesa in sede di Conferenza Unificata, sul d.lgs. n. 175/2016 e sulle integrazioni e modifiche apportate dal correttivo, sulla base di emendamenti, ritenuti condizionanti, presentati dalle Regioni, dall'ANCI e dall'UPI. Lo schema è ora (aprile) in Parlamento per il parere delle commissioni competenti, a cui è stato assegnato il 21 marzo e che devono esprimersi entro il 20 maggio 2017. Acquisito tale parere il testo dovrà essere deliberato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri, a meno che modifiche introdotte in Parlamento non conducano a sottoporre nuovamente il testo alla Conferenza unificata (la scadenza per il correttivo è a settembre 2017).

3.2. *Gli elementi caratterizzanti il riordino*

Il Testo unico sulle società partecipate è considerato uno dei tasselli più importanti della riforma amministrativa⁷⁸. L'art.18 della legge delega n.124/2015 ha indicato come principali criteri direttivi: l'individuazione tipologica delle società in relazione all'attività svolta (ovvero se strumentali all'esercizio delle funzioni e compiti delle amministrazioni o che operino come soggetti imprenditoriali, perciò sottoposti integralmente alle regole della concorrenza); la definizione della relativa disciplina; la proporzionalità delle deroghe alla disciplina privatistica rispetto alle caratteristiche di ciascun tipo societario; la razionalizzazione delle partecipazioni in termini di efficienza, economicità ed efficacia e la loro riconduzione entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti, quale la gestione di servizi di interesse economico generale; la trasparenza delle gestioni, mediante pubblicità dei dati economico-patrimoniali e degli indicatori di efficienza⁷⁹. Non è questa la sede per valutare se e in che modo gli obiettivi indicati dal legislatore siano stati raggiunti: sia perché rientra nell'oggetto della relazione solo l'analisi delle disposizioni sulla disciplina del lavoro, sia perché il quadro regolativo non può dirsi definito fintanto che non sarà emanato il decreto legislativo recante disposizione integrative e correttive e non sarà completata la riforma con il riordino anche della disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, i cui criteri di delega in parte si sovrappongono⁸⁰. Ci si limita, pertanto, a evidenziare alcuni punti focali del riordino, che possono dirsi definitivi e che rappresentano “la cornice” delle norme sul lavoro.

L'attuazione della delega ha come elemento caratterizzante quello della riduzione e della “limitazione” delle partecipazioni societarie delle pubbliche amministrazioni, tramite l'imposizione di tetti e di limiti di vario tipo (anche se non mancano alcune eccezioni). Infatti, si dispone che le pubbliche amministrazioni⁸¹ possono partecipare “esclusivamente” a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, che possono assumere la forma cooperativa (art.3, c. 1). Tali società possono essere costituite o partecipate, direttamente o indirettamente, solo per finalità di interesse pubblico: si pone come limite generale l'aver per oggetto attività di produzione di beni e servizi strettamente necessari per il perseguimento delle

⁷⁸ Cfr: D'Auria 2015, p. 489: <<Due deleghe fra le più importanti, sul piano dell'organizzazione amministrativa, sono quelle per il riordino della disciplina delle società partecipate (e in genere degli organismi partecipati) da pubbliche amministrazioni>>. Clarich e Mattarella, 2016, p. 9: <<Il Testo Unico (...) costituisce uno dei tasselli più importanti della riforma amministrativa in corso>>. Bonura, 2017, p.345: <<uno degli obiettivi più ambiziosi della cosiddetta riforma Madia: raccogliere in un unico testo la disciplina delle partecipazioni pubbliche in società di capitali, al fine di accrescere l'efficiente gestione delle stesse, di tutelare e promuovere il mercato, di razionalizzare e ridurre la spesa pubblica>>. La Corte dei Conti, nell'Audizione del giugno 2016 sull'Atto di Governo 297 riguardante gli Organismi partecipati, ha ricordato come la Commissione europea, nel *Country report 2016, SWD, 81 final*, reso a Bruxelles il 26 febbraio 2016, abbia rimarcato l'importanza, per la ripresa economica dell'Italia, delle iniziative assunte <<per rimediare alle cause all'origine dell'inefficienza delle imprese a partecipazione pubblica e dei servizi pubblici locali>>

⁷⁹ La sintesi da D'Auria 2015, p.490.

⁸⁰ Così D'Auria, 2015, p.491. Nel parere reso nell'Audizione del 2016 la Corte dei Conti rileva <<la necessità di un coordinamento>> del decreto sugli organismi partecipati <<con quello relativo ai servizi locali di interesse economico generale, a rafforzamento dei principi di concorrenza e di buona amministrazione che permeano la legge di riforma n.124/2015>>. Sulle ragioni e i riflessi della scelta legislativa di prevedere un decreto dedicato alla sola disciplina dei servizi locali di interesse economico generale e sullo schema di decreto approvato, ma poi ritirato a seguito della sentenza della Corte Cost. n.251/2016, si rinvia a Fonderigo 2017, p. 365ss. Per una lettura della disciplina dei servizi pubblici locali nell'ottica del rapporto tra esigenze di mercato e tutela delle istanze sociali v. Giaconi 2014.

⁸¹ Si intendono per tali le amministrazioni di cui all'art.1, co. 2, d.lgs. n.165/2001, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità del sistema portuale: v art. 2, co.1, lett. a) d.lgs. n.175/2016. Sulle diverse “nozioni” di pubblica amministrazione v., tra i molti, Torchia 2009 e da ultimo Gnes 2017 e *ivi* i riferimenti bibliografici.

finalità istituzionali delle amministrazioni titolari della partecipazione e si specificano in un elenco le tipologie di attività consentite (art.4). Le decisioni di costituire o acquisire le società o di mantenere partecipazioni devono essere attentamente valutate, sotto diversi profili, e analiticamente motivate (art.5). Si circoscrivono - come destinatarie principali, salvo alcune eccezioni, della regolazione, e dunque anche delle deroghe alla disciplina comune - le società di capitali a controllo pubblico. Cosa si debba intendere per società a controllo pubblico è definito all'art. 2, c.1, lett. b) e m): sono quelle in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi dell'art. 2359 cod. civ., a cui si aggiungono <<le situazioni in cui la condizione di controllo si realizza quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo>>. Sono dunque ricomprese anche le società *in house*, a cui è solo destinata una specifica deroga (con riguardo al danno erariale e alla giurisdizione della Corte dei Conti); per esse si dispone una disciplina ad *hoc* per il necessario coordinamento con le nuove regole europee sugli appalti pubblici e con la disciplina dei contratti pubblici dettata dal d.lgs. n.50/2016 (art.16); lo stesso vale per i partenariati pubblico-privato (art.17)⁸². Per i casi in cui le partecipazioni societarie detenute dalle amministrazioni pubbliche non siano inquadrabili nelle categorie previste dal Testo unico oppure non rientrino nei vari limiti si pongono stringenti obblighi di dismissione/alienazione o di razionalizzazione (artt.24 e 20)⁸³.

Il legislatore sembra dunque mostrare un certo sfavore per l'impresa pubblica in forma societaria: l'opzione di politica interna - non imposta dal diritto europeo dato che i Trattati assumono un atteggiamento neutrale nei confronti delle scelte di privatizzazione - è quella che le pubbliche amministrazioni possono utilizzare le società partecipate non per svolgere attività d'impresa in regime di concorrenza, ma per perseguire finalità di interesse pubblico⁸⁴. E' altresì significativo il fatto che nella Relazione illustrativa si sottolinei la <<centralità che il Parlamento ha inteso riconoscere all'intero settore delle società partecipate, quale ambito ottimale per la promozione del processo di efficiente riorganizzazione dell'amministrazione dello Stato>>, precisando poi che la <<semplificazione e stabilizzazione normativa è prodromica alla effettiva attuazione delle regole in materia di partecipazioni e, conseguentemente, al miglior utilizzo delle risorse pubbliche, anche mediante la rimozione delle fonti di spreco>>.

Se non è qui possibile entrare nel merito della nuova regolazione della materia, peraltro ancora non completamente definita, si può fare qualche osservazione sulle scelte di fondo con riguardo alla *vexata quaestio* del rilievo attribuito alla "specialità", ovvero alla dimensione delle deroghe "pubblicistiche" rispetto al diritto comune societario. Si possono al riguardo rilevare letture diverse tra i primi commentatori della riforma: alcuni sottolineano l'opzione in favore delle regole comuni, fatte salve le deroghe "inevitabili", altri rimarcano il permanere di una specialità invasiva dell'autonomia gestionale societaria.

Per quanto riguarda la lettura in chiave privatistica della riforma, si attribuisce rilievo centrale a quanto affermato all'art. 1, co.3, d.lgs.175/2016: per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del decreto <<si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute

⁸² Il d.lgs. n.175/2016 non interviene sulla disciplina degli affidamenti dei contratti pubblici, riservata al codice degli appalti, ma introducono deroghe al diritto societario necessarie alla corretta realizzazione del controllo analogo per le società *in house* o di partenariato pubblico-privato (ex art.180 codice appalti) per le società miste (v. Bonura e Federico 2016, pp.730-31; Bonura 2017, pp.348-349).

⁸³ I quali peraltro sembrano attenuati dalle modifiche prospettate nel correttivo che in base anche all'intesa con le regioni si avvia ad essere varato.

⁸⁴ V. al riguardo Clarich e Mattarella 2017.

nel codice civili e le norme generali di diritto privato>>. Viene ritenuta un indice dell'opzione "privatistica" anche la scelta interpretativa effettuata dal legislatore rispetto a due aspetti controversi. Si afferma nettamente infatti: che i componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle società pubblicistiche sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, fatta salva solo per le società *in house* la giurisdizione della Corte dei Conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti (art.12, co.1)⁸⁵; che <<le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi>> (art.14, co.1)⁸⁶.

Si tratta di tre disposizioni ritenute fondamentali per ricondurre le società a partecipazione pubblica all'ordinario regime civilistico (o, se si vuole, a confermarne l'appartenenza) e per eliminare ogni dubbio circa il fatto che le società *in house* siano ricomprese nella stessa disciplina che regola in generale le società pubbliche, ad eccezione della giurisdizione della Corte dei Conti per il danno erariale. Significativa al riguardo l'interpretazione di Cass.S.U. ord. n.24951/2016 (già citata *supra*, § 2.2) che, anche con riferimento alle società *in house*, enfatizza l'autonomia del rapporto tra pubblica amministrazione controllante e società controllata (che tra l'altro consente di ricondurre la disciplina all'ordinamento civile e alla competenza statale in materia di principi fondamentali di finanza pubblica): <<le società a partecipazione pubblica costituiscono, in ambito societario, una categoria nella quale sono ricomprese, in termini di specialità, le società (non solo partecipate, ma) controllate da enti pubblici e le società *in house*>>. Dunque il principio di cui all'art.1, co.3 <<è destinato a valere anche per le società *in house*, ove non vi siano disposizioni specifiche di segno diverso>>⁸⁷. Quanto alle deroghe, la Corte dei Conti nell'audizione sulla bozza di decreto delegato, nel giugno 2016, ribadisce che l'adozione della forma societaria – sia istituita con legge sia nell'ipotesi in cui sia frutto di una libera scelta dell'ente pubblico – comporta l'applicazione del diritto comune, fatte salve le deroghe alla disciplina codicistica <<necessarie per impedire che l'esternalizzazione diventi un mezzo per eludere i vincoli di finanza pubblica o, più in generale, per aggirare i principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa>>.

Non mancano però letture volte a dare maggiore rilievo alla peculiarità delle società pubbliche e al ruolo che ricoprono, da cui deriva una loro <<connotazione alquanto pubblicistica>>, che giustifica un regime di regole e vincoli <<che obiettivamente allontanano le società pubbliche da quelle private>>⁸⁸. Appare particolarmente significativa l'osservazione secondo cui si tratta di regole e vincoli che sarebbero fuori luogo nel settore privato, dove l'efficienza è il risultato dell'interesse degli azionisti e degli stimoli del mercato. Nel settore pubblico, l'uno e gli altri sono spesso assenti, indiretti o attenuati, quindi l'efficienza deve essere forzata o perseguita con norme⁸⁹. Si considera dunque inevitabile che nelle società controllate da amministrazioni pubbliche gli organi di gestione siano di fatto impossibilitati ad imprimere indirizzi orientati ad una sana e prudente gestione economica e sia pertanto <<indispensabile un presidio legislativo affinché siano garantite efficacia ed efficienza dell'agire societario. In termini più propriamente organizzativi, si

⁸⁵ V. una sintesi di richiami della giurisprudenza in Bonura 2017.

⁸⁶ V. una sintesi di richiami della giurisprudenza in Bonura 2017.

⁸⁷ La decisione non applica la nuova disciplina, ma poiché era già in vigore dedica ad essa alcuni commenti.

Per la ricostruzione delle diverse opinioni in materia v. il parere del Consiglio di Stato n.438/2016

⁸⁸ Le cit. da Clarich e Mattarella 2017, pp.10-11.

⁸⁹ *Ibidem*

può affermare che secondo il legislatore le società, che sono sotto il controllo di una pubblica amministrazione, non possano essere *goal oriented* e, di conseguenza, debbano essere almeno parzialmente *rule oriented* >>⁹⁰. Si potrebbe dunque osservare che, così come avvenne con la c.d. riforma Brunetta del 2009 per la disciplina del lavoro pubblico in particolare con riguardo all'esercizio dei "poteri del privato datore di lavoro" da parte dei dirigenti pubblici, ci si affida al ruolo organizzatorio attribuito alla legge⁹¹.

Inoltre, benché si affermi che <<le deroghe al Codice civile sono in realtà contenute, mentre il testo normativo tende a disciplinare con regole di tipo organizzativo pubblicistico la figura del socio pubblico azionista di società di diritto comune>>⁹² e che <<l'equilibrio disegnato dal TU prevede che i maggiori effetti determinati dalla natura pubblica della partecipazione sociale si traducano in vincoli e obblighi applicabili solo all'amministrazione partecipante e non, quindi, anche all'ente partecipato>>⁹³ in realtà, almeno con riguardo alla disciplina "derogatoria" in tema di personale, i vincoli riguardano anche direttamente le decisioni gestionali della società controllata, come si evidenzierà nel paragrafo che segue.

3.3. Le nuove regole per i lavoratori

La legge delega detta principi e criteri direttivi per la disciplina del lavoro nelle società pubbliche nella lettera e) dell'art.18, co. 1, chiedendo al legislatore delegato la razionalizzazione dei <<criteri pubblicistici>> per gli acquisti e il reclutamento del personale, per i vincoli alle assunzioni e le politiche retributive, finalizzati al contenimento dei costi, tenendo conto delle distinzioni tra i tipi di società⁹⁴ e introducendo criteri di valutazione oggettivi rapportati al valore anche economico dei risultati. Inoltre alla lett.m), con riferimento <<alle società partecipate da enti locali>> si chiede: al punto 1) <<per le società che gestiscono servizi strumentali e funzioni amministrative>> la definizione, oltre che di criteri e procedure per la scelta del modello societario e la internalizzazione, di <<procedure, limiti e condizioni per l'assunzione, la conservazione e la razionalizzazione di partecipazioni, anche in relazione al numero dei dipendenti, al fatturato e ai risultati di gestione>>; al punto 6) l'<<introduzione di strumenti, anche contrattuali, volti a favorire la tutela dei livelli occupazionali nei processi di ristrutturazione e privatizzazione relativi alle partecipate>>⁹⁵. Si può notare come tra le finalità del "riordino" per quanto riguarda il personale si dia particolare rilievo alla riduzione della spesa.

Esaminando le modalità con cui la delega è stata attuata si osserva in primo luogo come gli aspetti "eteroregolati" siano gli stessi che caratterizzavano la disciplina precedente - dettata dall'art. 18, l.n.133/2008 (v.*retro*, § 2.2.) - seppure ora con una formulazione nuova e anche con un criterio più ragionevole per quanto riguarda l'ambito di applicazione delle regole. Infatti, considerando le incongrue differenziazioni tra tipi di società che connotavano, sollevando molteplici dubbi interpretativi, la disciplina pregressa, espressamente abrogata dal d.lgs. n.175/2016, appare

⁹⁰ Così, criticamente, Pinto 2017, che parla di orientamento pan amministrativo.

⁹¹ Si rinvia a Borgogelli 2011.

⁹² Così Clarich e Mattarella, 2017, pp.10-11.

⁹³ Così Bonura 2017, p. 349.

⁹⁴ Si rinvia alla lettera a) del medesimo art.18, co. 1, ove si chiede al legislatore delegato di introdurre <<distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell'affidamento, nonché alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati, e individuazione della relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi d'impresa>>.

⁹⁵ Per il commento al disegno di legge delega v. Chieco 2015.

ragionevole la scelta di unificare i destinatari dei vincoli in materia di personale individuando come riferimento un solo modello: la <<società a controllo pubblico>> (v. gli artt. 19, 11, co.6, 24, co.9, 25, d.lgs. 175/2016).

Tale scelta implica che le “deroghe” alla disciplina del lavoro privato con riguardo alle procedure di assunzioni e alle decisioni sul reclutamento e sulle retribuzioni, nonché quelle relative alle “internalizzazioni” e (transitorie) sugli esuberanti, si applichino solo alle società a controllo pubblico⁹⁶ e senza differenziazioni all’interno della categoria con riguardo al “sotto-insieme” delle società *in house*, fatta salva, esclusivamente per queste, la responsabilità contabile attribuita anche ai dipendenti (art.12: v. *infra*). Così come, senza differenziazioni interne alle società a controllo pubblico, al di fuori delle deroghe si dispone che si applichi ai loro dipendenti la disciplina dettata per il lavoro nel settore privato: l’art.19, co. 1, rinvia alle <<disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile, delle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa, ivi incluse quelle in materia di ammortizzatori sociali, secondo quanto previsto dalla disciplina vigente, e dai contratti collettivi>>. La norma è importante, perché esprime la volontà del legislatore di ribadire il carattere privatistico delle società a controllo pubblico, restringendo l’ambito delle deroghe, ovvero delle specialità, coerentemente con la parallela disposizione “generale” dell’art.1, co.3, che rinvia alle <<norme sulle società contenute nel codice civile>> e alle <<norme generali di diritto privato>> per tutto quanto non derogato dal decreto. Ed è soprattutto importante sul piano esegetico e sistematico, perché impone di cercare nelle disposizioni dettate per il lavoro nel settore privato, e non in quelle specifiche proprie del lavoro nel settore pubblico, le regole con cui integrare la disciplina speciale⁹⁷. Così il legislatore segna un elemento comune per il lavoro nelle società a controllo pubblico e per il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, in quanto per entrambe le fattispecie detta regole “speciali” (seppure in misura ben più ampia e incisiva nella seconda), ma le inserisce nella cornice delle norme e degli strumenti privatistici; rimarca tuttavia anche una diversità, perché esclude che, al di fuori delle “deroghe” espressamente previste, per il lavoro nelle società pubbliche si possa far ricorso alle disposizioni dettate per i dipendenti del settore pubblico.

Questa opzione regolativa è particolarmente rilevante per le società *in house*, considerate sia l’influenza determinante esercitata dall’amministrazione pubblica sociale, tramite il controllo <<analogo>> a quello esercitato sui propri servizi sia le <<deroghe>> disposte dall’art.16, co.1, lett.a) del d.lgs.n.175/2016: gli statuti delle società *in house* possono contenere clausole in deroga alle disposizioni dell’art. 2380-*bis* cod.civ. (sulle regole relative all’amministrazione della società) e dell’art.2409-*novies* (sul consiglio di gestione). Significa che tali specificità non possono incidere sulla collocazione sistematica delle società *in house* in ambito privatistico. Lo stesso si ritiene debba valere per la “deroga” disposta dall’art. 12, co. 1, d.lgs.n.175/2016 - che attribuisce la responsabilità erariale, con la giurisdizione della Corte dei Conti, oltre che agli amministratori anche ai «dipendenti delle società *in house*» - nonostante le perplessità che la norma suscita, configurandosi come una contraddizione. Le perplessità discendono dal fatto che, mentre la responsabilità erariale degli amministratori è configurabile perché essi possono determinare un danno alla partecipazione sociale del socio pubblico, <<quella dei dipendenti può essere spiegata soltanto ritenendo che l’eventuale danno procurato da questi alla società datrice di lavoro sia immediatamente qualificabile

⁹⁶ Non si applicano dunque alle società quotate (v. art.1, c.5, ora come integrato dallo schema del decreto correttivo) e alle società a partecipazione pubblica non di controllo, ma con qualche eccezione: v. art.11, c.16, d.lgs. n.175/2016 (v. *infra*)

⁹⁷ Ma v.*infra* per alcuni profili problematici

come erariale (esattamente come accade nelle amministrazioni pubbliche). In altri termini, una siffatta responsabilità sembra escludere che nell'ipotesi delle società *in house* vi sia quell'alterità soggettiva e patrimoniale tipica del rapporto socio-società e che essa costituisca, per lo più, un "patrimonio separato" dell'amministrazione pubblica⁹⁸. Tuttavia la "specialità" non può ritenersi tale da incidere sulla configurazione societaria e sulla natura privata delle società *in house*⁹⁹.

Il primo vincolo posto dall'art.19 del d.lgs n.175/2016 all'autonomia delle società a controllo pubblico nella gestione del personale – molto rilevante anche per le ripercussioni sulla mobilità del lavoratori e sulla successione negli appalti (v. *infra* §5) – riguarda le modalità di assunzione. Il legislatore impone alle società a controllo pubblico di stabilire, con propri provvedimenti, criteri e procedure per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'art.35, co. 3, d.lgs. 165/2001; in caso di mancata adozione di tali provvedimenti <<trova diretta attuazione>> l'art.35, co.3, d.lgs.n.165/2001 (art.19, c.2)¹⁰⁰. L'omissione <<dei provvedimenti e delle procedure>> di cui al comma 2 – sulla cui validità ha giurisdizione il giudice ordinario - comporta la nullità dei contratti di lavoro stipulati, fatto salvo ai fini retributivi il disposto dell'art.2126 cod. civ. I provvedimenti in oggetto devono essere pubblicati sul sito istituzionale della società; l'omissione della pubblicazione comporta l'applicazione delle sanzioni previste dall'art.22, co. 4, 46, 47, co.2, d.lgs.n.33/2013.

Sono numerosi i problemi esegetici e i dubbi sulle implicazioni sistematiche sollevati da tali disposizioni.

Un primo aspetto da rimarcare è che queste norme speciali, le quali richiamano le regole dettate per il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, non vincolano solo il comportamento del socio pubblico, ma direttamente le scelte delle società a controllo pubblico, condizionando significativamente la loro "autonomia privata"¹⁰¹. E' stato giustamente osservato come la loro operatività sia legata al permanere del controllo pubblico sulla società: dunque si tratta di una condizione giuridica soggettiva mutevole, contingente e reversibile, perché la legge vincola le pubbliche amministrazioni nelle partecipazioni societarie rispetto al tipo di attività, ma non alle scelte di maggioranza o minoranza, che sono soggettive e autonome. In caso di cessazione del controllo pubblico potrebbero sorgere problemi in ordine ai criteri di selezione del personale¹⁰².

Per quanto concerne il merito delle disposizioni, è incisivo il condizionamento dell'autonomia e della flessibilità gestionale delle società se si interpreta il silenzio del legislatore come un riferimento generale dei vincoli a tutti i reclutamenti, con riguardo sia alle qualifiche sia al tipo di contratto.

Per le prime, da un lato, significa che le procedure selettive riguardano anche le assunzioni per le quali le pubbliche amministrazioni si rivolgono invece ai Centri per l'impiego: per le mansioni di basso livello, il che rappresenta una poco razionale "complicazione", ma altresì, e le implicazioni sarebbero ben più complesse, per le "assunzioni obbligatorie"¹⁰³. Dall'altro lato, l'applicazione

⁹⁸ Sono le valutazioni di Pinto 2017.

⁹⁹ E' l'opinione di chi scrive. Peraltro anche Pinto 2017, nonostante i rilievi critici, osserva che a una prima riflessione non pare che i diversi elementi normativi di specialità assumano rilevanza tipizzante e che, pur costituendo essi seri elementi di contraddizione del sistema, appare preferibile ritenere che non incidano sulla configurazione societaria e sulla natura privata di questi enti. Sul punto v. altresì Bonura 2017, p. 359.

¹⁰⁰ Si accorpano i criteri dettati nei commi 1 e 2 dell'art. 18, l.n.133/2008. Pinto 2017 individua una incongruenza nell'alternativa con riferimento alla sanzione dell'omissione.

¹⁰¹ Diversamente: Bonura 2017, Clarich e Mattarella 2016.

¹⁰² Pinto 2017.

¹⁰³ Nelle pubbliche amministrazioni le assunzioni per le «qualifiche e profili per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo» avvengono non a seguito di procedure selettive, bensì mediante <<avviamento degli iscritti nelle

anche i dirigenti, per i quali ciò comporta non solo l'illegittimità di alcuni sistemi di selezione ampiamente utilizzati nella pratica, ma altresì «la nascita di una inedita forma di dirigenza apicale che, proprio perché reclutata in modo rigorosamente impersonale, agisce autonomamente e a prescindere da qualsiasi vincolo fiduciario nei confronti dell'organo di gestione»¹⁰⁴. Si tratta di un aspetto di specialità assai rilevante sul piano sistematico, con implicazioni significative.

Per quanto concerne i tipi di contratto, è da ritenere che la procedura vada applicata a ogni reclutamento per un rapporto di lavoro subordinato: i criteri e le modalità delle procedure potranno essere differenziati in relazione al tipo di contratto, ma non omessi¹⁰⁵.

Le società “riconquistano” invece piena libertà per il conferimento di contratti di lavoro autonomo (occasionale o coordinato e continuativo). Poiché non viene ripetuto il vincolo della selezione in precedenza disposto dall'art.18 l.n.133/2008 (v. *supra*, § 2.2), il dettato dell'art.19, co.1, d.lgs. n.175/2016 comporta l'integrazione del silenzio del legislatore con la disciplina per il settore privato, escludendo l'applicazione delle restrittive regole dettate per il settore pubblico dall'art.7, co 6 e ss., d.lgs. n.165/2001. E' da escludere l'ipotesi, prospettata nella vigenza dell'art.18 l.n.133/2008, di una estensione dei vincoli procedurali anche alle progressioni verticali: l'applicazione della regola del concorso, affermata dalla Corte Costituzionale e poi introdotta con il d.lgs.n.150/2009 nel d.lgs.n.165/2001 (art.52, co.1 e 1-*bis*) per le “promozioni” dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, si basa sulla particolare configurazione del sistema di organizzazione e disciplina degli uffici e delle dotazioni organiche nel lavoro pubblico (art.6, d.lgs. n.165/2001): dunque non riguarda le società a controllo pubblico, che hanno natura e struttura privata. Lo stesso dovrebbe valere di conseguenza per il regime di promozione automatica, escludendo i vincoli posti per i dipendenti pubblici dalla disciplina dettata dall'art.52 d.lgs.n.165/2001.

Il nodo interpretativo più complesso resta quello dell'inquadramento giuridico delle norme in oggetto e della scelta delle disposizioni a cui ricorrere per colmare le lacune, per le quali, nonostante il rinvio alle regole del lavoro privato contenuto nel primo comma dell'art.19, le soluzioni non sono semplici. Il problema si pone in relazione a un quesito specifico – l'applicazione o meno della regola della conversione del rapporto – ma ha implicazioni più ampie (v. *infra*, § 5) e soprattutto di carattere sistematico. E' vero infatti che il legislatore risponde ai dubbi sollevati dall'art. 18 l.n.133/2008 disponendo la nullità del contratto in caso di mancato rispetto delle modalità di assunzioni e affermando esplicitamente il carattere privatistico della procedura con la competenza del giudice ordinario¹⁰⁶. Tuttavia lascia senza risposta una domanda: se alle società pubbliche possano o meno applicarsi le norme che sanzionano alcuni abusi relativi ai contratti di lavoro flessibile con la conversione del rapporto a tempo indeterminato¹⁰⁷. Ovvero, se il rimedio sanzionatorio della configurazione di un rapporto a tempo indeterminato sia compatibile con la

liste di collocamento>>; per le assunzioni obbligatorie di cui alla l.n.68/1999 vale la stessa regola, per chiamata numerica previa verifica della compatibilità dell'invalidità con le mansioni da svolgere, e, per il coniuge superstite e per i figli di particolare categorie protette, per chiamata diretta nominativa: v. l'art. 35, co. 1 e 2, d. lgs. n. 165/2001.

¹⁰⁴ Pinto 2017.

¹⁰⁵ Pinto 2017, Mezzacapo 2017.

¹⁰⁶ Trova così conferma testuale l'orientamento giurisprudenziale che già aveva attribuito natura imperativa alle norme sulla selezione del personale dell'art.18, l.n.133/2008, deducendone la nullità *ex art.* 1418 c.c. dei rapporti instaurati in violazione delle stesse.

¹⁰⁷ Come prescritto per la somministrazione di lavoro in caso di violazione delle condizioni poste dalla legge (art.38, d.lgs. n.81/2015), per il contratto a termine in caso di mancanza di forma scritta o di durata superiore a 36 mesi (art.19, c.2 e 4, d.lgs. n.81/2015). V. altresì l'art.3, co.4, d.lgs. n.136/2016, di attuazione della direttiva 2014/67 concernente l'applicazione della direttiva 96/71 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi: nell'ipotesi in cui il distacco in favore di un'impresa stabilita in Italia non risulti autentico, il lavoratore è considerato a tutti gli effetti alle dipendenze del soggetto che ne ha utilizzato la prestazione.

prescrizione di apposite prove selettive per l'assunzione di personale a tempo indeterminato nelle società pubbliche. E' un interrogativo che si era posto anche sotto la vigenza dell'art.18, l. n.133/2008¹⁰⁸ e che si ripresenta ora in assenza di indicazioni nel d.lgs.n.175/2016; neppure il decreto correttivo, in fase di definizione, sembra occuparsene, nonostante il Consiglio di Stato nel suo parere abbia invitato il legislatore delegato a intervenire anche per chiarire i dubbi interpretativi posti dal decreto originario.

La risposta positiva trova la sua base argomentativa nell'interpretazione letterale, ovvero nel rinvio, contenuto nel primo comma dell'art.19 d.lgs.n.175/2016, alla normativa relativa al lavoro privato, fatte salve le disposizioni speciali contenute nel decreto, che appunto tace al riguardo; ma contrasta con l'interpretazione sistematica che collega tutte le regole in materia di assunzione alla disciplina propria del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e quindi all'art. 97 Cost.

Si prospettano tre linee interpretative.

La prima afferma il divieto di costituzione *ope iudicis* di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato facendolo discendere dai principi generali dell'ordinamento, per non vanificare il principio posto dall'art.97 Cost., di cui l'art.35, co.3, d.lgs. n.165/2001 costituisce specificazione e attuazione anche nell'ambito delle società partecipate, perché esplicitamente richiamato dall'art.18, l.n.133/2008 (e ora dall'art.19, co. 2, d.lgs.n.175/2016). Questa tesi, che si collega a molte decisioni giurisprudenziali, anche delle Alte Corti, nella vigenza dell'art.18, l.n.133/2008¹⁰⁹, non viene smentita dalla nuova regolazione delle società a controllo pubblico. Se infatti è venuta meno l'argomentazione legata all'affermata natura pubblicistica di tali società nascosta sotto la veste privatistica (le c.d. tesi sostanzialistiche), considerata l'esplicita scelta di campo del legislatore del "riordino" per l'opzione privatistica, resta la seconda e più forte argomentazione basata sul nesso con l'art.97 Cost., la quale ha avuto l'avallo del Giudice Costituzionale. Particolarmente rilevanti¹¹⁰ al riguardo sono ritenute le affermazioni di Corte Cost. n.68 del 2011, rese con riferimento a una legge regionale e all'art.18 l.n. 133/2008, ma che possono essere estese alla disciplina dettata dal d.lgs.n.175/2016: le norme, emanate dalla Regione Puglia, che impongono (anche) alle società a partecipazione pubblica totale o di controllo l'assunzione a tempo indeterminato, nella fattispecie in caso di successione nell'appalto, configurano <<una violazione dell'art.97 Cost. (sentenza 267 del 2010) e delle norme interposte dettate dall'art.18>>¹¹¹. Se dunque le norme in materia di reclutamento del personale, anche quelle riferite alle società a controllo pubblico che richiamano l'art.35, co.3, d.lgs.n.165/2001, sono <<interposte>> dall'art.97 Cost. e dunque espressive della medesima regola costituzionale ivi contenuta, l'interpretazione "costituzionalmente orientata" del silenzio del legislatore non può che condurre all'applicazione analogica dell'art.36, d.lgs.n.165/2001. In altri termini, l'applicazione delle norme del diritto del lavoro privato secondo il dettato dell'art.19, co. 1 - nella fattispecie in esame delle disposizioni che impongono la conversione del rapporto come <<misura sanzionatoria che l'ordinamento, per lo più in presenza di espressioni fattuali univoche, ovvero in presenza di violazioni delle condizioni legittimanti la deroga al modello assunto come tipico, ha predisposto a tutela del lavoratore>>¹¹² - comporterebbe l'aggiramento delle "speciali" disposizioni per il

¹⁰⁸ V. in particolare Fontana 2014.

¹⁰⁹ Per la ricostruzione e l'analisi di tale giurisprudenza v. Fontana 2014 e Raimondi 2014.

¹¹⁰ V. altresì Cass. ord. n.4458/2014 e Cass.S.U. 4685/2015.

¹¹¹ Corte Cost.n.68/2011, par.12.2

¹¹² Fontana 2014, p.731.

reclutamento e, per quanto indirettamente, la violazione dell'art.97 Cost. Si potrebbe dire che, secondo tale lettura, il legislatore per regolare le assunzioni nelle società pubbliche ha enucleato un gruppo di norme - traendole dalla disciplina del lavoro pubblico in considerazione dell'interesse generale che imporrebbe il rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento anche in queste "speciali" società private - connotandole con il carattere di imperatività (v. ora l'espressa sanzione della nullità in caso di violazione); pertanto le lacune nella regolazione dell'istituto dell'assunzione andrebbero colmate con le norme in materia dettate per il settore pubblico. Tuttavia, se si accoglie questa interpretazione occorre tener conto di tutte le conseguenze dell'applicazione dell'art.36, d.lgs. n.165/2001, ovvero il profilo delle <<responsabilità o sanzioni>>, e quindi delle diverse interpretazioni giurisprudenziali, e della loro lettura da parte della dottrina, della configurazione del diritto al risarcimento del danno attribuito al lavoratore, in particolare quando la violazione di disposizioni imperative riguarda le regole sul contratto a termine e quindi ci si confronta con l'interpretazione delle norme europee da parte della CGUE¹¹³.

Si può prospettare una seconda ipotesi interpretativa, che lascia impregiudicata la questione della natura giuridica della procedura selettiva secondo la ricostruzione indicata *supra*, ma sostiene l'applicazione della conversione del rapporto sulla base della considerazione che si tratta in questo caso della sanzione *ope iudicis* di un illegittimo comportamento, e dell'esigenza di tutelare lavoratori vittime di un abuso: una situazione ben diversa dalla fattispecie "generale" considerata dalla legge della Regione Puglia dichiarata illegittima dalla Corte Cost. n.68/2011, che configurava l'assunzione di tutti i lavoratori coinvolti nella successione di appalti¹¹⁴. Tale interpretazione è rafforzata dal rinvio esplicito all'integrazione delle lacune con le norme privatistiche disposto dall'art.19, co.1, d.lgs. 175/2016.

Ritengo che si possa proporre una terza lettura partendo dalla considerazione che si tratta di procedure selettive che devono "mutuare" alcune regole (quelle indicate all'art.35, co.3, d.lgs.n.165) dal reclutamento nel settore pubblico, con cui condividono anche la sanzione della nullità in caso di omissione, a conferma del connotato imperativo¹¹⁵, ma che sono prive della qualificazione giuridica pubblicistica, come sostenuto da una autorevole giurisprudenza¹¹⁶ e come ora espressamente confermato dall'art.19, co.4, d.lgs. n.175/2016. Quindi non si tratta tanto di pubblicizzazione, quanto di etero-regolazione. Così come avvenne nella riforma del lavoro pubblico del 2009 (c.d. Brunetta), il legislatore ricorre allo strumento privatistico, ma non crede che lo stesso possa garantire di per sé una gestione efficiente e così detta lui stesso le regole di comportamento, vincolando la libera scelta degli amministratori. Si tratta di criteri volti a rendere le procedure di

¹¹³ Di questa opinione Pinto 2017.

¹¹⁴ Significative al riguardo le affermazioni Cass. n.23702/2013, che assumono una valenza attuale anche se rese con riferimento a una controversia sorta prima dell'emanazione della l. n.133/2008: sebbene premetta che <<...è certo che l'impegno di capitale pubblico sottomette le assunzioni ai principi costituzionali di imparzialità e di economicità, quali specificazioni del principio di buon andamento, di cui agli art.3 e 97 Cost., e dei quali è espressione nel pubblico impiego l'art.35 d.lg. 165/2001>> poi precisa che <<tutto ciò non comporta necessariamente la separazione delle garanzie legislative contro l'assoggettamento illimitato dei prestatori di lavoro a situazioni precarie, contrarie alla tutela della libertà e dignità di cui all'art.36, 1° comma Cost. e contrastate dalla sopra richiamata normativa europea>>. V. a favore dell'applicazione della conversione del rapporto Saulino 2014. In tema v. la giurisprudenza di merito commentata da Raimondi 2014 e le valutazioni di Fontana 2014.

¹¹⁵ Ma non necessariamente pubblicistico: nel d.lgs. n.165/2001 la sanzione della nullità è disposta in caso di violazione di norme imperative, ma di carattere privatistico: v. ad es. l'art.55 (responsabilità disciplinare).

¹¹⁶ V. Cass. S.U. ord. 28329/2011, per la quale l'obbligo di cui all'art.18, co.2, l.n.133/2008 si inserisce pur sempre <<nell'agire (*iure privatorum*) della società, senza comportare esercizi di pubbliche potestà e senza incidere sulla giurisdizione>>; la giurisprudenza amministrativa non è univoca: per la tesi privatistica v. C.d.S. n.2794/2015 (entrambe già cit.).

reclutamento idonee a contemperare esigenze di pubblicità e trasparenza, e dunque (almeno negli auspici¹¹⁷) di scelta sulla base del merito, con quelle di economicità ed efficacia delle selezioni¹¹⁸ e, come si è ragionevolmente sostenuto per gli analoghi criteri dettati dall'art.18 della l.133/2008 (v. *retro*), non vanno interpretati come obbligo di rigida trasposizione delle regole concorsuali pubblicistiche¹¹⁹. Non si porrebbe dunque il nesso con l'art. 97 Cost, dovendosi piuttosto richiamare la disciplina dei concorsi privati. Si potrebbero peraltro prevedere delle selezioni interne per verificare le competenze, analogamente a quanto disposto dalle finanziarie per il 2008 e il 2009 per la stabilizzazione dei titolari di contratti a termine con la pubblica amministrazione assunti senza concorso.

Per quanto concerne l'obiezione collegata alle numerose sentenze delle Alte Corti che hanno attribuito una qualificazione pubblicistica alle procedure selettive richieste per le assunzioni nelle società pubbliche dall'art.18 l.n.133/08, e hanno affermato la loro indiretta riconduzione all'art.97 Cost., si può rilevare una contraddizione con l'orientamento giurisprudenziale che nega la possibilità di "internalizzare" nelle pubbliche amministrazioni i dipendenti delle società pubbliche selezionati tramite le procedure richieste dalla legge, ma non già dipendenti pubblici e dunque non selezionati con un concorso pubblico (v. le decisioni della Corte Costituzionale e della Corte dei Conti richiamate *infra* § 5.3, nonché *ivi* la disciplina disposta dall'art.19, co.8, d.lgs. n.175/2016). Se l'equiparazione è negata per le internalizzazioni ci si può chiedere perché debba valere per impedire la conversione del rapporto: sarebbe, appunto, una contraddizione.

Per quanto concerne la pianificazione delle assunzioni e delle spese per il personale, l'art.19, al comma 5, recita: <<Le amministrazioni pubbliche socie fissano, con propri provvedimenti, obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento, ivi comprese quelle per il personale, delle società controllate, anche attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale>>¹²⁰. Al comma 6 si precisa: <<Le società a controllo pubblico garantiscono il concreto perseguimento degli obiettivi di cui al comma 5 tramite propri provvedimenti da recepire, ove possibile, nel caso di contenimento degli oneri contrattuali, in sede di contrattazione di secondo livello>>. Al comma 7 si prescrive la pubblicazione dei provvedimenti di cui ai commi 5 e 6 sul sito istituzionale della società e delle pubbliche amministrazioni socie, sanzionando l'omissione o l'incompletezza ai sensi degli artt 22, c.4, 46, 47 c.2, d.lgs. n.33/2013. Si può notare che è disposta una sanzione per la mancata pubblicazione dei provvedimenti, ma non per la loro mancata predisposizione¹²¹.

¹¹⁷ Che poi dall'adozione del sistema del concorso, almeno come configurato nella prassi, si conseguano i risultati auspicati, come è ben noto, è assai dubbio.

¹¹⁸ Come appare dai principi elencati nell'art.35, co. 3, che sono: a) adeguata pubblicità e modalità di svolgimento (anche automatizzate) che garantiscano imparzialità, economicità, celerità; b) verifica dei requisiti attitudinali e professionali richiesti per la posizione da ricoprire con meccanismi oggettivi e trasparenti; c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori; d) decentramento delle procedure; e) composizione delle commissioni con esperti di provata competenza (non politici né sindacalisti). Le modifiche previste dalla Riforma Madia (V. art. 6, co 1, dello schema di decreto legislativo di riforma del d.lgs. 165/2001) prevedono di aggiungere: *e-bis*) possibilità di limitare il numero degli idonei; *e-ter*) possibilità di richiedere il titolo di dottore di ricerca.

¹¹⁹ Per alcuni riferimenti di giurisprudenza di merito che ha adottato questo orientamento v. Raimondi 2014, p.576 ss.

¹²⁰ Questi provvedimenti dovranno tener conto di quanto stabilito in via transitoria dall'art.25, ovvero delle eventuali disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni socie, divieti o limitazioni di assunzioni di personale: v. *infra* § 5.3 con riguardo all'aggiunta del decreto correttivo correttivo - << tenendo conto del settore in cui ciascun soggetto opera>> - e di ciò che è stato concordato nell'intesa in Conferenza Unificata.

¹²¹ V.Pinto 2017: si viola il criterio della razionalizzazione perché si punisce chi dimentica di pubblicare e non chi omette di predeterminare le regole e le fa di volta in volta.

Rispetto al disposto dell'art.18, co.2-*bis* - nella versione più recente, introdotta nel 2014, che ora il d.lgs. n.175/2016 esclude dall'applicazione alle società pubbliche¹²² - la regola attuale appare più pervasiva dell'autonomia della società controllata. Infatti se l'oggetto è analogo – entrambe le disposizioni si riferiscono al <<contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale>> - nella versione vigente le amministrazioni socie fissano nei propri provvedimenti <<obiettivi specifici>> che le società controllate <<garantiscono nel concreto perseguimento>>. Nella versione aggiornata del comma 2-*bis* dell'art.18 invece l'ente controllante emana <<indirizzi>> che le società <<adottano>> con <<propri provvedimenti>>. In base alle nuove regole dunque la pubblica amministrazione non si limiterà ad adottare indirizzi, ma stabilirà obiettivi quantitativi; e alla controllata non spetterà più pianificare il reclutamento tenendo conto dei criteri stabiliti dalla pubblica amministrazione, ma solo realizzare i risparmi di spesa nei modi e nei tempi decisi dalla pubblica amministrazione controllante. Dunque si attribuisce al socio pubblico un dovere/potere di ingerenza nella gestione societaria che non potrebbe essere esercitato dal soggetto privato che si trovasse nella medesima situazione¹²³. Tuttavia si è osservato che i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni devono fare riferimento al complesso delle spese di funzionamento, al cui interno si collocano anche le spese per il personale: ciò assumerebbe una valenza positiva lasciando margini di discrezionalità alle società controllate¹²⁴.

Il comma 5 si chiude con la precisazione che si deve in ogni caso tener conto delle disposizioni che stabiliscono divieti o limitazioni alle assunzioni di personale; nella bozza di decreto correttivo si aggiunge la precisazione che va tenuto conto anche del settore in cui ciascun soggetto opera.

Per quanto concerne invece la <<recezione>> dei provvedimenti in sede di contrattazione collettiva, nella versione ora vigente avviene solo <<se possibile>>¹²⁵.

Un altro aspetto rilevante riguarda i vincoli alla retribuzione dei dirigenti e dei dipendenti. L'art. 11, dedicato alla disciplina della *governance* delle società a controllo pubblico, al comma 6 dispone la definizione, con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze¹²⁶, di indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi per individuare sino a cinque fasce per la classificazione di tali società. Per ogni fascia è determinato, in proporzione, il limite dei compensi massimi al quale gli organi delle società devono fare riferimento, secondo criteri oggettivi e trasparenti, per la determinazione del trattamento economico annuo onnicomprensivo da corrispondere (oltre che agli amministratori, ai titolari e ai componenti degli organi di controllo) ai dirigenti e ai dipendenti; questo non potrà eccedere il limite massimo di euro 240.000 annui al lordo di contributi previdenziali assistenziali e degli oneri fiscali a carico del beneficiario, tenuto anche conto dei

¹²² Resta in vigore soltanto per le aziende speciali e le istituzioni: v. art.27, co.1, lett. a) e b) d.lgs. n.175/2016; sul comma 2-*bis* dell'art. 18 l. n.133/2008 v. *supra*, § 2.2.

¹²³ Così, condivisibilmente, Pinto 2017, il quale osserva come le società a controllo pubblico avranno meno autonomia gestionale delle aziende speciali e delle fondazioni per le quali resta il vecchio co. 2-*bis* dell'art.18 l.n.133/2008. Per Bonura e Fonderico 2016, pp.728-729, invece il TU si è preoccupato di razionalizzare il rapporto tra le politiche di contenimento della spesa e quelle in materia di personale delle società a controllo pubblico ed è una modifica positiva perché si concede maggiore flessibilità e possibilità di compensazioni

¹²⁴ Bonura e Fonderico 2016.

¹²⁵ Mezzacapo 2017, p. 19, osserva che l'aggiunta dell'<<ove possibile>> risolve il problema <<della comprensibile ritrosia dei sindacati a contenere gli oneri contrattuali>> e che la conseguenza della mancata recezione dovrebbe essere la disdetta dei contratti di secondo livello in essere da parte delle società controllate e la loro rinegoziazione.

¹²⁶ Nello schema di decreto correttivo si aggiunge, in conformità a Corte Cost. n.251/2016, che per le società controllate dalle Regioni o dagli enti locali il decreto è adottato previa intesa in conferenza unificata ex art.9 d.lgs. 281/1997. Non sono state apportate modifiche al contenuto del comma 6 in seguito all'Intesa con le regioni.

compensi corrisposti da altre pubbliche amministrazioni o da società a controllo pubblico¹²⁷. Sono fatte salve leggi e regolamenti che pongono tetti inferiori a quelli fissati dal decreto. Saranno le stesse società a verificare che il limite massimo fissato dal decreto sia rispettato. Il decreto stabilisce altresì i criteri di determinazione della parte variabile della remunerazione, commisurata ai bilanci raggiunti dalla società nel corso dell'esercizio precedente: in caso di risultati negativi attribuibili alla responsabilità dell'amministratore, non può essere corrisposta la parte variabile della retribuzione.

Non si tratta di una novità, perché già in precedenza erano state estese a dirigenti e dipendenti le disposizioni regolative del trattamento economico di amministratori e componenti degli organi di controllo delle società a partecipazione pubblica¹²⁸; ma di certo si tratta di un aspetto rilevante per i rapporti con l'autonomia individuale¹²⁹ e collettiva. Gli aspetti problematici sono numerosi e riguardano sia il profilo esegetico sia, di particolare rilievo, il rapporto con l'autonomia collettiva; ma in questa sede non c'è spazio per una loro analisi.

Per i primi ci si limita a elencare alcuni profili critici: il fatto che la retribuzione variabile debba essere stabilita *ex ante*, sulla base di criteri individuati dal decreto attuativo, e commisurata *ex post* ai risultati di bilancio nell'esercizio precedente; il problema di stabilire cosa si debba intendere per <<trattamento economico annuo omnicomprensivo>>; se i vincoli riguardino anche le retribuzioni differite, ad esempio il pagamento del tfr, e quale sia la sorte dei trattamenti diversi dalla retribuzione, ad esempio i *benefits* e i trattamenti legati al *welfare*; l'applicabilità dei vincoli anche ai dipendenti già in servizio¹³⁰; la sorte dei contratti nella parte in cui prevedessero compensi maggiori e integrati (si ipotizza la nullità parziale). In un'ottica d'insieme ci si chiede se sia possibile incidere in tal modo sull'autonomia privata e se dovrebbe essere giustificato in base ai principi di ordine pubblico economico e temporalmente delimitato; la possibilità per una legge statale di porre vincoli alle retribuzioni di dipendenti di società pubbliche regionali ha peraltro avuto l'avallo della Corte Costituzionale¹³¹.

Di particolare rilievo sono le perplessità suscitate dalla disposizione con riguardo ai rapporti con l'autonomia collettiva, prospettandosi anche una sostanziale violazione della libertà di contrattazione costituzionalmente riconosciuta alle organizzazioni sindacali¹³²; anche se non

¹²⁷ Questa disposizione dovrebbe riguardare solo dirigenti e dipendenti a tempo parziale (Mezzacapo 2017). Nel parere sullo schema del correttivo espresso dal Consiglio di Stato si suggerisce di precisare nel comma 6, secondo capoverso, che ai fini del controllo sul superamento del limite ai compensi si deve tenere conto dei compensi corrisposti non solo da altre pubbliche amministrazioni o da altre società in controllo pubblico ma anche da "altre società partecipate", al fine di evitare possibili elusioni all'applicazione dei limiti previsti.

¹²⁸ V. art. 1, co. 672, legge 28 dicembre 2015, n. 208 (il quale aveva sostituito l'art. 23-bis del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011), avendo questa previsione esteso anche «ai dirigenti e ai dipendenti» il meccanismo eteronomo di determinazione dei trattamenti economici da tempo previsto per la remunerazione degli amministratori e dei componenti degli organi di controllo (dal D.M. 24 dicembre 2013, n. 166).

¹²⁹ V. Mezzacapo 2017

¹³⁰ L'uso del termine <<corrisponderere>> rende applicabile il divieto anche ai trattamenti già concordati prima del d.lgs. n.175/2016 e non ancora corrisposti: Mezzacapo 2017.

¹³¹ Una norma analoga, volta a porre tetti retributivi a società pubbliche anche regionali (art.13, co.1, d.l. 66/14 (conv.l.n.89/14) ha avuto un giudizio positivo da parte della Corte costituzionale (Corte Cost. n.153/2015): resta nei limiti della competenza statale in materia di <<principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica e non viola potestà regionale in materia di organizzazione amministrativa, perché <<questa recede a fronte di misure di coordinamento finanziario necessariamente uniformi nell'intero territorio nazionale>>. Inoltre <<il trattamento economico dei dipendenti pubblici va ricondotto all'ordinamento civile, e prevale su ogni tipo di potestà legislativa delle regioni esclusiva in materia di organizzazione amministrativa E su quella concorrente in materia di coordinamento finanza pubblica.

¹³² V. al riguardo i rilievi di Pinto 2017 sulle conseguenze di una regolazione che <<lascia pericolosamente libere le società di riconoscere unilateralmente o pattuire individualmente retribuzioni anche superiori a quelle previste dalla

mancono opinioni diverse. In questa relazione non è possibile approfondire tale aspetto; ma si può sottolineare il diverso modello regolativo adottato per i dipendenti della pubblica amministrazione: per questi il ruolo della contrattazione collettiva in materia di retribuzione è centrale, vincolante non solo le scelte delle parti del contratto individuale, ma anche quelle legislative¹³³. Ed è significativo che nel contesto del medesimo disegno di riforma dell'amministrazione si adottino scelte regolative diverse: infatti nella modifica della disciplina del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, ancora in fase di definizione, è previsto che venga dato più spazio all'autonomia collettiva, cancellando alcuni dei vincoli introdotti dalla riforma Brunetta.

Altre disposizioni dell'art.11 riguardano i lavoratori: il divieto di patti di non concorrenza, anche stipulati dopo il termine del rapporto, *ex artt.* 2125 e 2596 cod.civ. (co. 10), esempio emblematico dei limiti posti per evitare abusi che hanno l'effetto di penalizzare le società virtuose¹³⁴; l'incompatibilità tra lo status di dipendente e quello di componente degli organi di amministrazione della società (con l'obbligo di aspettativa non retribuita), per un risparmio di spesa (co.12). L'ultimo comma dell'art.11 estende l'ambito di applicazione delle norme in materia di retribuzione anche nelle società partecipate non a controllo pubblico: l'amministrazione che sia titolare di una partecipazione pubblica maggiore del 10% del capitale <<propone agli organi societari l'introduzione di misure analoghe a quelle di cui ai commi 6 e 10>> (co.16).

Un'ultima "segnalazione", positivamente rilevante per il diritto del lavoro, è d'obbligo: all'art.6, ove si fissano i <<principi fondamentali sull'organizzazione e sulla gestione>>, nell'elenco di <<strumenti>> che le società a controllo pubblico possono valutare l'opportunità di utilizzare per il governo societario si indicano <<i>codici di condotta (...) aventi ad oggetto la disciplina dei comportamenti imprenditoriali nei confronti di consumatori, utenti, dipendenti e collaboratori, nonché altri portatori di legittimi interessi coinvolti nell'attività della società>> e <<i>programmi di responsabilità sociale d'impresa, in conformità alle raccomandazioni della Commissione dell'Unione europea>> (co 3, lett. c) e d).

Il d.lgs. n.175/2016 regola anche le conseguenze sui dipendenti dei processi di internalizzazione di funzioni e servizi esternalizzati e delle operazioni di revisione e dismissione delle società a controllo pubblico (art. 19, co 8 e 9, art.24, co 9, art.25): di queste disposizioni si tratterà nel paragrafo 5. Pertanto anche il commento alla disciplina dianzi illustrata viene rinviato al paragrafo conclusivo, quando sarà completato il quadro regolativo riferito al trattamento dei lavoratori.

4. Le clausole di equo trattamento negli appalti pubblici

Le esternalizzazioni - in particolare quelle dettate soprattutto dall'esigenza di ridurre i costi - pongono rilevanti problemi riguardo agli *standard* di trattamento dei lavoratori coinvolti, sia quelli "trasferiti", per i quali la tutela dell'art.31, d.lgs.n.165/2001 è insufficiente¹³⁵, sia quelli assunti direttamente dall'impresa aggiudicataria. E' difficile, infatti, evitare sia la concorrenza al ribasso dei

contrattazione collettiva (purché contenute nei limiti massimi fissati dal regolamento ministeriale)>> e attribuisce a una disposizione eteronoma la funzione di controllo delle dinamiche retributive con una sostanziale violazione, questo è il punto, della libertà di contrattazione costituzionalmente riconosciuta alle organizzazioni sindacali (dall'art. 39, co. 1). Un'evenienza, questa, che porrebbe questioni giuridiche estremamente rilevanti posto che la Corte Costituzionale ha sempre valutato in modo molto rigoroso le compressioni legali della libertà di contrattazione collettiva ritenendole «giustificabili solo in situazioni eccezionali, a salvaguardia di superiori interessi generali, e quindi con carattere di transitorietà» (Corte Cost. n. 124/1991, par. 6; Corte Cost. n. 178/2015, par. 10.2).

¹³³ V. art.45 d.lgs. n.165/2001.

¹³⁴ V. Mezzacapo 2017.

¹³⁵ V. *infra* § 5.2.

numerosi contratti collettivi firmati da organizzazioni sindacali non maggiormente rappresentative, presenti nei settori interessati, sia il *dumping* salariale quando gli appalti coinvolgono distacchi transnazionali: così sono questi lavoratori a pagare il prezzo più elevato dei risparmi perseguiti dalle pubbliche amministrazioni. Per la loro tutela in queste circostanze furono introdotte le c.d. clausole sociali di equo trattamento¹³⁶, disposizioni normative che impongono al datore di lavoro il rispetto di determinati livelli di protezione dei dipendenti come condizione per svolgere attività economiche in base a un contratto di appalto o di concessione stipulato con organismi di diritto pubblico o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie. Sono strumenti che consentono al committente pubblico di svolgere un importante ruolo: da un lato, assicurare agli offerenti la possibilità di competere in condizioni di parità, evitando le distorsioni nella concorrenza, dall'altro lato, garantire ai lavoratori coinvolti soddisfacenti condizioni di lavoro, evitando il *dumping* contrattuale¹³⁷.

Come è ben noto, l'utilizzo di tali clausole è stato imposto come regola per tutte le pubbliche amministrazioni dall'art.36 dello Statuto dei lavoratori¹³⁸ e ha poi avuto una specifica disciplina per gli appalti e le concessioni pubbliche nelle norme di regolazione emanate in attuazione delle direttive europee¹³⁹: prima nel d.lgs.n.163/2006, il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, emanato in attuazione delle direttive 2004/17 e 2004/18¹⁴⁰, quindi, su delega della l. n.11/2016, avente per oggetto sia l'attuazione delle direttive 2014/23, 2014/24, 2014/25 sia il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici, nel d.lgs. n.50/2016 che ha riscritto il Codice dei contratti pubblici del 2006. Il d.lgs. n.50/2016, entrato in vigore il 19 aprile 2016, è stato "integrato e corretto" dal d.lgs. 19 aprile 2017 n.56. Nel d.lgs. n.50/2016 le clausole sociali sono espressamente definite come <<disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie>> (art.3, c.1, lett. qq).

Il nuovo codice dei contratti coglie le opportunità offerte dalla direttiva n.2014/24¹⁴¹, la quale apre più spazi al possibile utilizzo di clausole sociali, in particolare con la nuova norma contenuta

¹³⁶ Le clausole sociali nel governo del rapporto tra diritti dei lavoratori e mercato possono sia assumere il ruolo di tutela delle condizioni di lavoro (le clausole c.d. di equo trattamento o di prima generazione), sia essere dirette a garantire l'occupazione (le c.d. clausole di riassunzione o di seconda generazione). In questo paragrafo l'attenzione si concentrerà sulle clausole di equo trattamento negli appalti pubblici; delle altre si tratterà nel § 5.4.

¹³⁷ Per riflessioni sulla lettura della "regola lavoristica" anche con finalità di regolazione del mercato, in riferimento agli appalti pubblici v. Scarpelli 2011, p.309.

¹³⁸ L'art.36, l.n.300/1970 impone di inserire nei provvedimenti di concessione di benefici di legge agli imprenditori (agevolazioni o finanziamenti) e nei capitolati d'appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche <<la clausola esplicita determinante l'obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare e fare applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di categoria e della zona>>. Le disposizioni si applicano <<anche quando si tratti di agevolazioni finanziarie o creditizie ovvero di appalti concessi da enti pubblici>>. La Corte Costituzionale (sentenza n. 25/1998) ha esteso alle concessioni di pubblico servizio l'obbligo per il concessionario di inserire tale <<clausola esplicita>>.

¹³⁹ Per un quadro d'insieme si rinvia a Orlandini 2015, il quale tra l'altro ricorda come l'espressione sia già stata utilizzata da Carnelutti, *Sul contratto relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, in *Riv. dir. com.*, 1909, I, p.416 ss. Per l'evoluzione storica nell'ordinamento italiano v. Ghera, 2001, p.134 ss.; per il commento all'art.36 dello Statuto dei lavoratori v. Assanti, 1972, p.421 ss.

¹⁴⁰ Per analisi critiche puntuali sulla disciplina degli appalti pubblici con riferimento specifico alle clausole sociali cfr. da ultimo: Brino 2014, Costantini 2014; Varva, 2014; Forlivesi, 2015.

¹⁴¹ La direttiva sostituisce la precedente n.2004/18, la prima emanata in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, che consentiva alle amministrazioni aggiudicatrici di esigere condizioni particolari – anche basate su istanze di tipo sociale – in merito all'esecuzione dell'appalto, purché compatibili con il

nell'art.18, par.2: si invitano gli Stati ad adottare <<misure adeguate a garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, *da contratti collettivi* o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'Allegato X>>¹⁴² (corsivo mio). Inoltre, nel riprodurre all'art.70 il contenuto dell'art.26 della direttiva n.2004/18 si cancella il riferimento alla compatibilità con il diritto comunitario e si fa specifico riferimento anche alle condizioni legate all'occupazione.

Il d.lgs. n.50/2016 contiene per le clausole sociali di equo trattamento, volte a contrastare il *dumping* salariale e lo *shopping* contrattuale¹⁴³, alcune novità significative rispetto al previgente codice. Rileva innanzitutto la riformulazione in termini più rigidi della norma relativa al costo del personale contenuta nella disposizione regolativa delle <<offerte anormalmente basse>> (art.97): se l'anomalia del ribasso è dovuta ad un <<costo del personale inferiore ai minimi salariali indicati nelle apposite tabelle ministeriali>> l'offerta deve essere esclusa (co. 5). Si conferma che le tabelle sono predisposte annualmente dal Ministero del lavoro <<sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, dalle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali>> (art.23, co.16). Il rispetto di tali minimi è configurato come un vincolo rigido: è prescritta l'esclusione dell'offerta che se ne discosti e <<non sono ammesse giustificazioni in relazione ai trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge>> (art.97, co.6).

Alcune novità sono state introdotta dal decreto correttivo. Si integrano le indicazioni che devono essere contenute nell'offerta economica, dettate nell'art.97, co.10: prima si richiedevano solo i costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, ora si devono indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d), ovvero la disposizione che prevede l'esclusione dell'offerta quando i costi del personale sono inferiori ai minimi salariali indicati nelle tabelle ministeriali. Si tratta dunque di un rafforzamento dell'obbligo di applicazione dei minimi salariali.

Il decreto correttivo introduce una novità anche per quanto riguarda il ruolo delle tabelle ministeriali sul costo del lavoro, calcolato con riferimento ai valori economici definiti dai contratti collettivi siglati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative: tra le modifiche all'art. 23, d.lgs. n.50/2016 dettate dall'art. 13, d.lgs. n. 56/2017 vi è l'integrazione del co. 16 con la previsione che nei contratti di lavori e servizi la stazione appaltante, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, individua i costi della manodopera sulla base delle tabelle ministeriali. Si

diritto comunitario e precisate nel bando di gara o nel capitolato d'oneri (art.26). La sostituzione con la direttiva 2004/18 sembra aprire più spazi al possibile utilizzo di clausole sociali di contrasto al *dumping* contrattuale.

¹⁴²In caso di accertata non soddisfazione o mancato rispetto degli obblighi di cui all'art.18, par.2: si consente all'amministrazione di non aggiudicare un appalto all'offerente che presenta l'offerta economicamente più vantaggiosa (art.56, par.1); di escludere un operatore economico dalla procedura di appalto (art.57, par.3, lett.a); di respingere l'offerta anormalmente bassa che si è accertato essere tale per il mancato rispetto degli obblighi in oggetto (art. 69, par. 3). Le modalità per garantire il rispetto delle disposizioni di cui all'art.18, par. 2, in caso di subappalto sono regolate all'art.70.

¹⁴³ Per le clausole sociali di riassunzione, regolate nell'art.50, v. *infra* § 5.

aggiunge che i costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso. In altri termini, viene posto anche a carico delle stazioni appaltanti l'obbligo di quantificare il costo del lavoro, basandosi sulle tabelle ministeriali, ai fini della determinazione della base d'asta, mentre vanno scorporati i soli costi della sicurezza. Viene in tal modo reintrodotta, per quanto formulata in termini meno rigidi, la norma contenuta nell'art. 82, co.3-*bis*, d.lgs. 163/2006, che aveva suscitato i rilievi critici dell'ANAC e posto problemi applicativi evidenziati dalla giurisprudenza.

Per quanto concerne i margini di discrezionalità nella scelta del contratto collettivo da parte dell'impresa aggiudicataria, confermata la regola che vincola l'affidatario a osservare, e far osservare dai subappaltatori, l'integrale trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni (art.105, co.9, eguale al disposto dell'art. 118, co.6, d.lgs.n.163/2006), si introduce una novità importante nell'art. 30, il quale fissa i principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni. Dopo avere al co. 3 - riproducendo il par.2 dell'art.18 dir. n.2014/24 - affermato che nell'esecuzione gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, *dai contratti collettivi* o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X¹⁴⁴, al co. 4 si precisa che al personale impiegato nei lavori¹⁴⁵ oggetto di appalti pubblici e concessioni, è applicato <<il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente>>. Dunque si introduce nel corpo del codice il criterio di selezione della rappresentatività dei firmatari del contratto, già previsto dall'art.4 del regolamento d'attuazione del vecchio codice (d.p.r. n.207/2010), e si preclude *ex lege* la possibilità di applicare un contratto relativo ad un settore estraneo all'attività oggetto dell'appalto e scelto solo in ragione della maggiore convenienza economica. Potrebbero sorgere dubbi sulla effettività di tale norma, perché manca l'esplicito richiamo a essa nelle numerose disposizioni del codice che, regolando le conseguenze della violazione degli obblighi di fonte collettiva, si limitano a far menzione del co. 3, dove si indicano genericamente i *contratti collettivi*, e non del co. 4 assai più preciso nell'identificare i contratti collettivi da applicare. Ma è ragionevole considerare il co. 4 dell'art.30 come norma che specifica il principio generale dettato dal precedente co. 3, chiarendone la portata: gli obblighi stabiliti dai contratti collettivi dei quali si impone il rispetto sono contenuti nel contratto collettivo individuato in base ai criteri fissati dal co. 4.

Si tratta di norme che condizionano le dinamiche di concorrenza tra le imprese, e quindi pongono problemi di legittimità nel diritto interno (il vaglio di costituzionalità in relazione, in particolare, agli artt. 39 e 41 Cost.) che si intrecciano con i problemi di compatibilità con i principi del diritto della Unione europea che guidano il processo di integrazione del mercato unico.

Per quanto concerne i profili di costituzionalità – *ex artt. 39, co.1 e 4, e 41* – si può riscontrare una lettura dell'art.36 Cost. rilevante anche per la legittimità delle regole contenute nel codice degli appalti nella sentenza n.51/2015, in cui si afferma la costituzionalità dell'art. 7, co.4, d.l. n.248/2007

¹⁴⁴ Corsivo di chi scrive. Non è sfuggito ai commentatori più attenti (Orlandini 2013, p.156) il fatto che tra le otto convenzioni OIL elencate nell'allegato della dir.2014/24 non compaia la n.94/1949 che ammette espressamente la possibilità di utilizzare contratti collettivi privi di efficacia generale.

¹⁴⁵ L'art.20, d.lgs. n.56/2017 dispone all'art.1, lett. a) che al comma 4 dell'art. 30 dopo le parole <<nei lavori>> si inseriscano le parole <<servizi e forniture>>, chiarendo un'ambiguità del testo.

(conv. in l. n.31/2008), che impone alle società cooperative di applicare ai soci lavoratori, in presenza di più contratti collettivi, i livelli retributivi fissati dai contratti collettivi firmati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative. La Corte costituzionale osserva che la norma in oggetto non configura un recepimento normativo di tali contratti, ma richiama i trattamenti economici complessivi minimi *ivi* previsti <<quale parametro esterno di commisurazione, da parte del giudice, nel definire la proporzionalità e la sufficienza del trattamento economico da corrispondere al socio lavoratore, ai sensi dell'art. 36 Cost.(...). Nell'effettuare un rinvio alla fonte collettiva che, meglio di altre, recepisce l'andamento delle dinamiche retributive nei settori in cui operano le società cooperative, l'articolo censurato si propone di contrastare forme di competizione salariale al ribasso, in linea con l'indirizzo giurisprudenziale che, da tempo, ritiene conforme ai requisiti della proporzionalità e della sufficienza (art. 36 Cost.) la retribuzione concordata nei contratti collettivi di lavoro firmati da associazioni comparativamente più rappresentative>>. Quindi, la norma censurata non è volta all'estensione *erga omnes* di un contratto collettivo a detrimento di altri, ma alla determinazione legislativa, attraverso un provvedimento legislativo di rinvio al contratto collettivo conforme all'orientamento della giurisprudenza di legittimità, della retribuzione proporzionata e sufficiente *ex art.* 36 Cost. Pertanto, poiché nulla impedirebbe dal punto di vista della Costituzione che il legislatore fissasse un salario minimo legale rispondente al dettato dell'art. 36 Cost., non vi è ragione per la quale questa fissazione non possa avvenire attraverso il «parametro esterno» del trattamento economico complessivo previsto dai contratti collettivi. Il ragionamento della Corte porta quindi alla conclusione che, essendo l'art. 36 Cost. una norma rigida, legittimamente il legislatore ha escluso che possano esistere per lo stesso ambito di applicazione due differenti trattamenti economici entrambi conformi ai principi di proporzionalità e sufficienza della retribuzione, a meno che quello contenuto nel contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni meno rappresentative sia superiore¹⁴⁶.

La Corte costituzionale con questa decisione dà dunque piena legittimità all'obiettivo di contrastare forme di concorrenza basate sul *dumping* contrattuale: e se il rispetto del parametro retributivo fissato dai contratti collettivi comparativamente più rappresentativi, nei casi di compresenza di contratti stipulati da soggetti che non hanno tale qualifica, può essere legittimamente imposto a tutte le aziende che operano in un determinato settore economico quale quello delle cooperative, si può ritenere che ciò possa valere anche per le aziende che operano nel settore degli appalti¹⁴⁷.

Dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato giungono invece segnali non del tutto rassicuranti. I giudici amministrativi, infatti, si sono orientati a riconoscere la legittimità di tali clausole sociali, ma danno una lettura flessibile dei vincoli posti dal (previgente) Codice dei contratti, ritenendo non dirimente per l'affidamento di appalti pubblici l'applicazione del contratto collettivo siglato da organizzazioni sindacali più rappresentative, per la libertà di scelta derivante dagli artt.39, co.1, e 41 Cost, che impedirebbe alla stazione appaltante di imporre il rispetto di un determinato contratto collettivo, posto che a nessuno nel nostro ordinamento è riconosciuta efficacia *erga omnes*. In prevalenza dunque si orientano a negare la vincolatività delle tabelle ministeriali, affermando che <<nella predisposizione del bando di gara l'individuazione del prezzo posto a base d'asta può ritenersi congruo anche se non risultino rispettate le tabelle predisposte dal ministero del lavoro, le quali, in base ai valori previsti dalla contrattazione collettiva, indicano costi medi che costituiscono

¹⁴⁶ Per il commento alla sentenza v. Barbieri 2015.

¹⁴⁷ Così Orlandini 2015, p.2.

non parametri inderogabili, ma indici del giudizio di adeguatezza dell'offerta (...) dunque neppure la tabella ministeriale assume valore di parametro assoluto ed inderogabile, ma è suscettibile di scostamento in relazione a valutazioni statistiche ed analisi aziendali svolte dall'offerente, che evidenzino una particolare organizzazione aziendale capace di consentire particolari economie>>¹⁴⁸.

Sarebbe auspicabile che venisse invece accolta la linea sostenuta dalla decisione n.4699/2015, con la quale il Consiglio di Stato offre importanti argomenti per contrastare pratiche di *dumping* contrattuale. Afferma infatti che non è legittimo che una amministrazione appaltante non consideri indizio di anomalia di una offerta un significativo scostamento dei valori stabiliti dalle tabelle ministeriali e che concluda nel senso della congruità di una offerta che operi un rilevante ribasso, senza adeguata motivazione e sulla base della semplice constatazione del rispetto da parte dell'azienda vincitrice di un contratto collettivo valido ed efficace, ma non firmato dalle organizzazioni più rappresentative. Ritiene che il giudizio sull'anomalia, benché discrezionale, debba essere puntualmente motivato e particolarmente rigoroso proprio quando nel settore interessato convivono più contratti collettivi, alcuni dei quali non firmati da organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative: la legittimità dello scostamento può desumersi da diversi fattori riguardanti le singole imprese, ma non dall'utilizzo di contratti collettivi non stipulati da organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative. L'interpretazione rigorosa offerta da tale sentenza dovrebbe trovare conferma nelle norme del nuovo codice degli appalti, ma i segnali non sono incoraggianti, come dimostrano decisioni recenti quale quella del Consiglio di Stato del 5 ottobre 2016 n.4109¹⁴⁹. Al ricorrente che chiedeva si riconoscesse nella gara l'obbligatorietà dell'applicazione del contratto collettivo dei lavoratori più congruo alla prestazione oggetto dell'appalto e si censurasse il procedimento di controllo dell'offerta anomala condotto dalla stazione appaltante, che non aveva rilevato tale criticità, il Consiglio di Stato risponde negativamente affermando che rientra sicuramente nella discrezionalità delle stazioni appaltanti la scelta dei requisiti da richiedere e tra questi non può esservi l'applicazione di un determinato contratto collettivo nazionale di lavoro, qualora una o più tipologie di questi si possano adattare alle prestazioni da affidare all'aggiudicatario. L'indicazione dell'applicazione di uno specifico contratto può eventualmente essere indicata nella legge di gara e ciò anche a pena di esclusione, ma se risponde a <<una ferrea logica di correlazione tra requisiti da indicare e prestazioni da appaltare>>, perché in caso contrario il principio del *favor participationis* ne risulterebbe gravemente sminuito ed in conclusione la legge di gara sarebbe stata emanata in assoluta violazione del principio di concorrenza. Quindi la scelta operata e censurata costituisce un <<normale precipitato della discrezionalità della pubblica amministrazione e non può essere tracciata di alcuna irragionevolezza>>.

La situazione si configura poi particolarmente complessa quando si rapportano le clausole sociali in oggetto all'ordinamento dell'Unione europea, nel quale le regole sugli appalti pubblici interagiscono con la disciplina dei distacchi transnazionali dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, nel contesto del complesso configurarsi del rapporto tra le libertà economiche

¹⁴⁸ V.: C.d.S. n.4789/2015. Per C.d.S. n. 3329/2015 <<un'offerta non può ritenersi anomala, ed essere esclusa da una gara, per il solo fatto che il costo del lavoro sia stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi, occorrendo, perché possa dubitarsi della sua congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata>>. Da ultimo v. C.d.S. n. 501/2017.

¹⁴⁹ Si tratta dunque di una decisione assunta dopo l'emanazione del nuovo codice dei contratti, anche se riferita a una fattispecie precedente: v. il commento di Spanicciati in GDA 2017, p.84 ss. per un'ampia ricostruzione degli orientamenti del giudice amministrativo. V. altresì da ultimo C.d.S. n.975/2017.

fondamentali garantite dai Trattati e la tutela dei diritti dei lavoratori. Non è qui possibile ovviamente neppure riepilogare l'articolato percorso compiuto dalla Corte di Giustizia nell'interpretazione del principio della libertà di circolazione dei servizi di cui all'art.56 TFUE e del diritto derivato in materia di distacchi e di appalti pubblici¹⁵⁰. Con riferimento alla lettura restrittiva da parte del c.d. quartetto *Laval* appare evidente l'incompatibilità tra l'interpretazione accolta dalla sentenza *Ruffert*¹⁵¹ e la normativa italiana. Questa si era preoccupata di difendere il mercato nazionale dalla concorrenza delle imprese straniere che possono giovare di un minore costo del lavoro disponendo nel decreto attuativo della dir. n.1996/71 che ai lavoratori distaccati nel territorio italiano da imprese stabilite in uno Stato membro dell'Unione, in occasione di una prestazione di servizi transnazionale, si applicano le medesime condizioni di lavoro previste (...) dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale, applicabili ai lavoratori che effettuano prestazioni lavorative subordinate analoghe nel luogo in cui i lavoratori svolgono la propria attività in posizione di distacco (art. 3, co.1, d.lgs.n.72/2000, ora abrogato). Si trattava di una norma non conciliabile con le prescrizioni del legislatore europeo come interpretate dalla Corte di Giustizia, le quali prendono in considerazione solo i contratti collettivi connotati da quell'efficacia generale che manca alla contrattazione italiana e non consentono di applicare ai lavoratori distaccati standard superiori ai minimi indicati nell'art.3, par.1, dir. n.1996/71.

Tuttavia nelle nuove direttive europee in materia di appalti pubblici (dir.n. 2014/24) e di distacchi dei lavoratori (dir.n.2014/67, sull'applicazione della dir. n.1996/71) e nella più recente giurisprudenza della Corte si riscontra un atteggiamento diverso, più favorevole alla "salvezza" delle norme nazionali nel confronto con quelle dell'Unione. Ma a ben vedere non sembra che se ne possa dedurre una prospettiva rassicurante per quanto riguarda la legittimazione delle norme dell'ordinamento italiano, né con riguardo al riconoscimento come fonte del contratto collettivo di diritto comune, né per la definizione della retribuzione garantita e dunque la parità di trattamento. Due sentenze si configurano particolarmente significative al riguardo: CGUE 17 novembre 2015, causa C-115/14, *RegioPost*; C.Giust. 12 febbraio 2015, C-396/13, *Sahkoalojen*.

Nella causa *RegioPost* la Corte era chiamata a valutare la compatibilità con il diritto europeo della legge di un Land tedesco che, a differenza di quella oggetto del caso *Ruffert*, non rinvia ai contratti collettivi, ma fissa direttamente la retribuzione minima da applicare ai lavoratori impiegati in qualsiasi appalto pubblico bandito dalle amministrazioni locali. La Corte fa salva la normativa tedesca, considerando, in particolare, che l'obbligo di rispettare determinati standard retributivi è stabilito da una fonte di generale applicazione, in quanto tale capace di vincolare tutte le imprese sia nazionali sia straniere, e che detto obbligo è limitato al rispetto dei minimi retributivi, posto che all'epoca dei fatti nessuna norma imponeva per il settore dei servizi un salario minimo di livello inferiore¹⁵². La sentenza *Regiopost* può essere valutata positivamente perché legittima una misura

¹⁵⁰ Tra le numerose analisi in materia v.: Gottardi 2010, Orlandini 2013, Allamprese e Orlandini 2014, Giubboni 2015a, Forlivesi 2015, Brino 2012, 2016, Costantini 2014, 2016, Santagata de Castro 2015, Corti 2016, Pallini 2016.

¹⁵¹ I giudici europei si sono occupati delle retribuzioni con riguardo alle imprese aggiudicatarie di appalti pubblici per la prima volta nella sentenza *Ruffert* del 3 aprile 2008 (causa C-346/06), che è diventata emblematica della difficoltà del rapporto tra la disciplina nazionale delle clausole sociali di equo trattamento e i principi di diritto dell'Unione come interpretati dalla Corte di Giustizia. La sentenza *Ruffert* è particolarmente significativa per l'Italia, perché la Corte era chiamata ad esprimersi in merito a una legge del Land della Bassa Sassonia che condizionava l'aggiudicazione dell'appalto pubblico al rispetto di standard retributivi prescritti da un contratto collettivo territoriale privo di efficacia generale. La Corte ritiene tale vincolo in contrasto sia con la direttiva 1996/71 relativa al distacco transnazionale sia con l'art.56 del TFUE che tutela la libera prestazione di servizi e che della direttiva rappresenta la base giuridica.

¹⁵² Per il commento v. Brino 2016, Forlivesi 2016, Guadagno 2016.

nazionale volta a contrastare il *dumping* sociale; ma non si può affermare che implichi una legittimazione anche delle norme controverse dell'ordinamento italiano, sia perché questo non ha, a differenza della Germania, una legge che stabilisca minimi salariali, sia perché la normativa italiana in materia di appalti pubblici impone di rispettare integralmente quanto prescritto da contratti collettivi privi di efficacia generale¹⁵³. Questo per la Corte di Giustizia è un onere economico che non rispetta il test di proporzionalità: solo quella parte del contratto collettivo di fatto considerato vincolante per tutte le imprese di un settore può legittimamente essere imposta alle imprese aggiudicatrici straniere. Neppure sembra possano valere in positivo per l'ordinamento italiano le aperture della sentenza *Sahkoalolen*, che prospetta «un rafforzamento dell'autorità (e prima ancora dell'autonomia) tariffaria del contratto collettivo in vigore nel paese ospitante»¹⁵⁴, e apre alla possibilità per gli Stati membri di ampliare la nozione di «tariffe minime salariali», ricomprendendovi istituti utili alla tutela del lavoratore distaccato. Infatti si fa sempre riferimento a un contratto collettivo di applicazione generale ai sensi dell'art.3, par. 8, dir. 1996/71¹⁵⁵.

Continua dunque a configurarsi una situazione di incertezza, da cui discende una debolezza del ruolo della contrattazione collettiva a cui non pare offrire rimedi adeguati, a causa di ambiguità e lacune, il d.lgs. 17 luglio 2016 n.136 di attuazione della direttiva n.2014/67. Le norme del decreto sono da intendere applicabili anche agli appalti pubblici, considerato che, nell'indicazione degli utilizzatori dei lavoratori distaccati, nell'ultima versione, all' «impresa» e all'«unità produttiva» è stato aggiunto il riferimento a «un altro destinatario». La formulazione è discutibile e l'assenza di disposizioni di raccordo tra la disciplina degli appalti pubblici e quella del distacco transnazionale solleva (*rectius* lascia aperti) problemi di coordinamento tra le due regolamentazioni e incertezze interpretative¹⁵⁶.

In particolare il legislatore non sembra fornire elementi utili a risolvere il problema dell'individuazione della retribuzione garantita, finendo con l'attribuire un ruolo significativo alle determinazioni ministeriali. E' vero, infatti, che all'art.4 si afferma che ai lavoratori distaccati si applicano «le medesime condizioni di lavoro e di occupazione previste per i lavoratori che effettuano prestazioni lavorative analoghe nel luogo in cui svolge il distacco». Ma la prospettata parità di trattamento si ridimensiona se si considera che nella disposizione dedicata alle «Definizioni» (art. 2), nel precisare cosa si debba intendere per «condizioni di lavoro e di occupazione», si restringe il campo a solo alcune delle materie disciplinate da nome di legge e dai contratti collettivi di cui all'art. 51, d.lgs. n. 81/2015. Nell'elenco di cui alla lett. e) dell'art.2 - che significativamente riproduce l'elenco riportato all'art.3, par.1, dir. n.1996/71 - per quanto concerne la retribuzione sono indicati solo «i trattamenti retributivi minimi», compresi quelli maggiorati per lavoro straordinario» (n.3). Si continua dunque a non fare chiarezza in ordine alla retribuzione dovuta ai lavoratori distaccati, dando spazio a letture riduttive. Limitando senza ulteriori indicazioni ai «trattamenti retributivi minimi» la retribuzione da corrispondere ai lavoratori distaccati si modifica restrittivamente la discussa regola posta dall'art.3, co.1, dell'abrogato d.lgs. n.72/2000, ma non si coglie l'occasione di dare indicazioni in ordine alle voci del contratto collettivo che, ai sensi

¹⁵³ V. i condivisibili rilievi di Orlandini 2015, p.3.

¹⁵⁴ Giubboni 2015b.

¹⁵⁵ Su questi aspetti critici v. già Orlandini 2016.

¹⁵⁶ Incertezze interpretative che riguardano a monte la stessa vincolatività per la disciplina degli appalti pubblici delle regole sui distacchi poste dalle direttive, essendo controverso il significato da attribuire all'assenza nell'art.18, par.2, dir.2014/24 dell'espressa previsione della condizione di compatibilità con il diritto europeo, peraltro contenuta nel Considerando n. 37. Sul punto, anche per i riferimenti in ordine al dibattito, v. le argomentazioni di Pallini 2016, 535ss., con cui non è qui possibile confrontarsi.

della interpretazione giurisprudenziale dell'art.36 Cost., sono di fatto di generale applicazione per tutte le imprese nazionali, in modo da far coincidere con queste voci contrattuali i <<trattamenti minimi>> per giustificare l'estensione anche a quelle straniere¹⁵⁷.

Nell'ordinamento italiano, in assenza di una soluzione al problema dell'efficacia generale del contratto collettivo, si configura dunque una contraddizione: all'importanza del ruolo assegnato alla contrattazione collettiva al fine di garantire una leale concorrenza e di arginare il *dumping* salariale e lo *shopping* contrattuale in un settore importantissimo dell'economia si contrappone, sul piano fattuale, una situazione di incertezza che finisce con l'affidare la sorte dell'effettiva tutela dei diritti dei lavoratori alle decisioni giurisprudenziali e alle scelte governative in materia. Le determinazioni ministeriali peraltro paiono ignorare le questioni connesse alla valenza giuridica del contratto collettivo. E' quanto emerge dalla Nota 26 luglio 2016 n. 14775 della Direzione generale per l'attività ispettiva, avente ad oggetto l'applicazione del CCNL nell'ambito degli appalti pubblici, e dalla Circolare n. 1/2017 dell'Ispettorato nazionale del lavoro, contenente indicazioni operative relative al d.lgs.n.136/2016, attuativo della direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori¹⁵⁸.

Il ruolo dell'autonomia collettiva si configura dunque in qualche modo subordinato, da un lato alle determinazioni governative¹⁵⁹, dall'altro ai mutevoli orientamenti della giurisprudenza interna ed europea; e dunque debole, nonostante le più recenti normative in materia sembrino offrire indicazioni positive. Infatti, sia il d.lgs.n.50/2016, contenente il nuovo codice degli appalti pubblici, sia il d.lgs.n.136/2016, di attuazione della dir. n.2014/67 sul distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, non offrono soluzioni appaganti, soprattutto perché intervengono nel contesto di una configurazione giuridica del contratto collettivo caratterizzata dall'assenza di efficacia generale. Le interpretazioni rassicuranti circa la legittimità delle clausole in oggetto non consentono di affermare che le stesse <<stiano trovando terreno fertile e piena validazione>>, perché non risolvono le criticità con riguardo al <<*quantum* di protezione>> effettivamente garantito ai lavoratori, se limitato agli *standard* minimi o tale da garantire una effettiva parità di trattamento, in presenza di numerosi contratti collettivi per un medesimo settore merceologico e in assenza di criteri certi per la selezione di quello comparativamente più rappresentativo.

5. Modifiche nella titolarità dei rapporti di lavoro e problemi di tutela

5.1. processi e variazioni

Nei paragrafi precedenti si è dato conto di alcune specifiche discipline dei rapporti di lavoro in ambiti in cui si svolgono attività strumentali e servizi di interesse generale "esternalizzati" dalle pubbliche amministrazioni, ovvero, in conseguenza di interventi di destrutturazione e frammentazione, affidati sia a società a controllo pubblico sia a società esterne (o anche con partecipazioni pubbliche di minoranza), sulla base di un rapporto associativo o contrattuale. L'obiettivo era quello di verificare, da un lato, quali speciali deroghe alla disciplina del lavoro privato caratterizzino i rapporti di lavoro nelle società a controllo pubblico; dall'altro lato, quali

¹⁵⁷ V. Allamprese e Orlandini 2016

¹⁵⁸ La Circolare 9.1. 2017 n.1, al punto 6 "Condizioni di lavoro", tra le voci retributive da ricomprendere nel salario minimo che deve essere corrisposto ai lavoratori distaccati nel territorio italiano dalle imprese straniere, indica anche elementi - quali i superminimi e l'indennità di distacco - i quali non risultano compresi nel salario minimo garantito dalla giurisprudenza costituzionale ex art.36 Cost., che dunque tutte le imprese nazionali devono corrispondere. Dunque la circolare, che si propone un <<riepilogo>> del nuovo quadro giuridico al fine di assicurare un uniforme svolgimento dell'attività di vigilanza e una corretta applicazione del regime sanzionatorio, introduce elementi di confusione anziché fare chiarezza.

¹⁵⁹ V. Gottardi 2017.

tutele siano assicurate ai lavoratori che prestano la loro opera in imprese legate contrattualmente a una amministrazione pubblica. Così da consentire una riflessione sulle nuove regole - introdotte nel contesto delle riforme amministrative avviate nel 2015 (c.d. Riforme Madia) e in attuazione della norme europee sugli appalti pubblici - e sulla loro adeguatezza rispetto alle esigenze da soddisfare; nonché un confronto con la disciplina del lavoro dei dipendenti diretti delle pubbliche amministrazioni, qui *ex professo* non presa in esame, e anche con quella dei dipendenti delle società a partecipazione pubblica a cui non si applica la disciplina speciale disposta dal d.lgs. n.175/2016, perché non a controllo pubblico o perché escluse espressamente, ai quali, di conseguenza, si applica la disciplina del lavoro privato.

In questo paragrafo si verificherà quali siano le regole che governano i cambiamenti nella titolarità del rapporto di lavoro in conseguenza delle scelte in materia di esternalizzazione, internalizzazione, successione negli appalti; ovvero che governano i passaggi da un datore di lavoro all'altro, i quali nella maggior parte dei casi implicano un mutamento dello statuto giuridico del rapporto¹⁶⁰. Il passaggio può essere dalla condizione di dipendente del settore pubblico a quella di dipendente di società formalmente private, ma partecipate in varia misura da un ente pubblico (e, solo talvolta, viceversa); oppure da dipendente del settore pubblico a dipendente del settore privato; o ancora, si possono configurare modifiche nella titolarità del rapporto di lavoro tra privati datori di lavoro o tra società pubbliche e soggetti privati, ma sempre legati da rapporti contrattuali con pubbliche amministrazioni quali committenti di appalti e concessioni.

In altri termini, l'ibridazione pubblico/privato è sempre protagonista dei percorsi di esternalizzazione e di frammentazione delle attività e dei servizi di interesse generale delle pubbliche amministrazioni, ma le modalità sono diverse, così come sono diverse le "dosi" della specialità, ovvero delle peculiari differenziazioni introdotte dal legislatore a livello di regole del lavoro: il passaggio è dunque tra diversi regimi giuridici e tra forme diverse di specialità. Il lavoratore, da dipendente di una pubblica amministrazione, con rapporto di lavoro privatizzato e contrattualizzato, ma sottoposto alle "speciali" regole del d.lgs.n.165/2001 che lasciano poco spazio all'integrazione, pur prescritta, con le norme del lavoro privato, può diventare dipendente: di una impresa privata che poi concorrerà, in una gara ad evidenza pubblica in cui il costo del lavoro assume rilievo spesso determinate, per conquistare un appalto pubblico; oppure di una società a controllo pubblico, che applica alla gestione dei rapporti di lavoro alcune regole speciali, alla quale è affidato lo svolgimento di attività o servizi di interesse pubblico, che può altresì partecipare a gare a evidenza pubblica per l'attribuzione di appalti pubblici o ricevere un affidamento senza gara se si tratta di una società in *house*.

Il filo conduttore di questa parte della relazione è la tutela del posto di lavoro. Infatti, da un lato, i mutamenti nella titolarità dei rapporti di lavoro, di cui qui si parla, implicano significativi cambiamenti nella regolazione dei licenziamenti, individuali e collettivi; dall'altro, i processi di riorganizzazione in corso e in prospettiva – conseguenza sia di scelte politiche di "reinternalizzazione" delle attività e dei servizi sia di obblighi *ex lege* di revisione e dismissione/alienazione di società a partecipazione pubblica, dettate soprattutto dalla sempre presente esigenza di controllo e riduzione della spesa pubblica – possono comportare significativi esuberanti di personale.

¹⁶⁰ V. al riguardo, in particolare, Giaconi e Scarpelli 2014.

5.2. Le esternalizzazioni e l'art.31, d.lgs. n.165/2001.

Le conseguenze per i lavoratori dell'affidamento all'esterno di attività e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni sono disciplinate dall'art. 31 del d.lgs. n. 165/2001, il quale¹⁶¹, fatte espressamente salve le fattispecie direttamente regolate da norme specifiche (come peraltro è avvenuto di frequente¹⁶²), dispone che nel caso di trasferimento o conferimento di attività, svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende, ad altri soggetti, pubblici o privati, al personale che passa alle dipendenze di tali soggetti si applica l'art. 2112 cod. civ. e si osservano le procedure di informazione e consultazione di cui all'art.47, co. 1-4, l. n.428/1990.

La disposizione ha posto agli interpreti numerosi interrogativi. Ad esempio, con riguardo alle situazioni giuridiche specificamente escluse dall'ambito di applicazione della norma - che viene configurata in dottrina come <<un principio generale sussidiario>>¹⁶³ - ci si è chiesti se la fonte regolativa debba essere una legge - nazionale o regionale - oppure possa essere anche un provvedimento amministrativo o una convenzione¹⁶⁴. Tuttavia qui si tralascia l'esegesi puntuale e si fa cenno solo al problema più rilevante, che concerne l'ambito di applicazione. Infatti, se tutti gli interpreti leggono nella formulazione letterale dell'art. 31 un ampliamento dell'ambito di riferimento rispetto alla fattispecie di trasferimento richiamata dall'art.2112 cod. civ.¹⁶⁵, sono diverse le opinioni circa il punto in cui tracciare i confini, nonché diverse le valutazioni in ordine alle conseguenze che da questa differenza possono trarsi e alla legittimità rispetto all'ordinamento europeo dell'opzione legislativa.

Il nodo giuridico più complesso concerne i rapporti tra la nozione di <<trasferimento o conferimento di attività>> di cui all'art. 31 d.lgs. n.165/2001 e la nozione, di matrice europea, di cui al quinto comma dell'art.2112 cod. civ. I dubbi non riguardano l'atto di trasferimento - <<il trasferimento che un ente pubblico faccia delle proprie attività ad altro soggetto, pubblico o privato che sia, è regolato dalla normativa civilistica sul trasferimento d'azienda indipendentemente dallo strumento impiegato a fondamento dell'evento traslativo>>¹⁶⁶ - ma l'oggetto del trasferimento. Ci si chiede infatti in che misura l'ambito di applicazione della disciplina dettata dall'art.31, volta a coprire tutte le fattispecie di esternalizzazione poste in essere dalle amministrazioni pubbliche, vada oltre i confini della nozione di trasferimento configurata dall'art.2112 cod. civ. e se e in che misura ciò sia conforme ai principi del diritto europeo (da ultimo la direttiva n.2001/23 e la copiosa giurisprudenza della Corte di Giustizia).

Per il primo profilo, si osserva come l'uso nell'art. 31, d.lgs.165/2001 di espressioni quali *trasferimento* e *conferimento* sembrerebbe volto ad attrarre nel proprio campo applicativo ogni fenomeno traslativo riguardante un'attività svolta da un soggetto pubblico; e l'adozione del lemma *conferimento* <<sembrerebbe poi affrancare la fattispecie da quella omologa regolata dall'art.2112 c.c. In altri termini, mentre quest'ultima norma pare comunque regolare una vicenda traslativa avente ad oggetto una data porzione aziendale (...) oggettivata e plasmata teleologicamente dal

¹⁶¹ V. per i precedenti *ex d.lgs. n.29/1993* e l'evoluzione della disciplina v.: Mainardi, 2004, p.726 ss.

¹⁶² Al riguardo da ultimo v. Giaconi 2016, pp.432-433. Si tratta per lo più di disposizioni molto attente alla tutela dei lavoratori trasferiti e anche dei "non trasferiti": v. significativo già l'art.44 l.n.449/1997 (Borgogelli 2000).

¹⁶³ Così Chieco 2008.

¹⁶⁴ V. in senso estensivo: Casale 2003, Mainardi 2004; *contra* Chieco 2008; Novella 2001. Per la ricostruzione dei trasferimenti connessi alle macroprivatizzazioni v. Giaconi e Scarpelli, 2014, pp. 379 ss.

¹⁶⁵ Con riguardo sia al profilo soggettivo (le figure del cedente e del cessionario) per il quale v. in particolare Chieco 2008, pp.283-284, Basenghi 2013, p. 463, sia al profilo oggettivo, di cui si dirà *infra*.

¹⁶⁶ Così Cass. n.16376/2012; v. altresì Cass. n.228/2013, Cass. n.25823/2014. Per la Corte di giustizia europea, per l'affermazione che può trattarsi anche di un provvedimento amministrativo, non essendo necessario un vincolo negoziale v. tra le altre la sentenza 26. 09.2000, Causa C-175/99, Mayeur.

datore di lavoro (...) ciò sembrerebbe non valere per la più essenziale figura regolata dal testo unico: nessuna cessione di azienda si vorrebbe presupposta, bastando il più asettico trasferimento di una attività svolta fino a quel certo momento da un soggetto pubblico>>¹⁶⁷. Alla tesi estensiva, che non è stata accolta dalla giurisprudenza prevalente, se ne contrappone una restrittiva, secondo la quale <<procedendo a una lettura congiunta della disciplina pubblicistica e di quella privatistica, parte dei requisiti contemplati dall'art.2112 c.c. dovrebbero comunque essere rinvenuti anche allo scopo di applicare la disciplina del trasferimento di attività pubbliche, così circoscrivendo la portata apparentemente priva di limiti dell'art.31, con rilevanti ricadute soprattutto con riferimento al consenso dei lavoratori>>¹⁶⁸.

Per quanto concerne i rapporti con il diritto europeo, si ricorda che la direttiva n.2001/23, dopo aver definito come trasferimento <<quello di un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria>>, nell'affermare la sua applicazione <<alle imprese pubbliche o private che esercitano un'attività economica, che perseguano o meno uno scopo di lucro>> precisa che una <<riorganizzazione amministrativa di enti amministrativi pubblici o il trasferimento di funzioni amministrative tra enti amministrativi pubblici non costituisce trasferimento>> ai sensi della direttiva (par.1, b) e c).

Tra dottrina e giurisprudenza si riscontrano dunque opinioni diverse, in senso estensivo o restrittivo, sull'ampiezza della nozione di cui all'art.31 e sulla legittimità dell'applicazione delle regole contenute nella disposizione oltre i confini della nozione europea. Nozione che tuttavia, per quanto riguarda il settore pubblico, appare dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia venire interpretata in senso estensivo. Infatti la Corte europea, dopo aver chiarito che il coinvolgimento di enti pubblici nel trasferimento non è di ostacolo all'applicazione del diritto europeo, definendo le condizioni in ordine alla nozione di entità economica e la conservazione della sua entità nell'evento traslativo¹⁶⁹, sembra poi, con la sentenza Scattolon¹⁷⁰, aver superato il limite posto all'applicazione ai trasferimenti nell'ambito di enti pubblici. Ha affermato, infatti, che la direttiva¹⁷¹ può essere applicata ai lavoratori coinvolti in una riorganizzazione della pubblica amministrazione, con il solo limite che il trasferimento non attenga ad attività rientranti <<nell'esercizio di pubblici poteri>> (punto 54), precisando, con richiamo alla sentenza 11.06.2009, causa C-561/07, Commissione/Italia, che lo scopo di tutela sociale impone di interpretare in senso restrittivo le eccezioni all'applicazione della direttiva (punto 58) e che non c'è nulla che possa giustificare un'interpretazione della propria giurisprudenza nel senso che determinati pubblici impiegati, soggetti a un trasferimento verso un nuovo datore di lavoro in seno alla pubblica amministrazione, non possano godere della tutela della direttiva <<sol perché questo trasferimento avviene nell'ambito di una riorganizzazione di detta amministrazione>> (punto 57).

¹⁶⁷ Così la ricostruzione di Basenghi 2013, pp. 465-466. In favore della tesi estensiva, e per la sua puntuale argomentazione, v. in particolare Casale 2003 e Mainardi, 2004.

¹⁶⁸ Così Giaconi e Scarpelli, 2014, pp.38 e ss. a cui si rinvia per i riferimenti e la riflessione su tale orientamento giurisprudenziale, in particolare della Corte di Cassazione.

¹⁶⁹ V. in particolare le decisioni della CGUE: 15.10.2006, causa C-298/94, Henke; 10 dicembre 1998, Cause C-173/96 e C-247/96, Hidalgo e a.; 14.09.2000, Causa C-343/98, Collino e Chiappero; 26. 09.2000, Causa C-175/99, Mayeur. Sulla lettura della normativa e giurisprudenza europee v. Chieco 2008, 278 ss. ; Giaconi e Scarpelli 2014, 398 ss.

¹⁷⁰ Riguarda il trasferimento del personale tecnico ausiliario della scuola dagli enti locali al Ministero (il personale ATA), regolato dalla l. n.124/1999, art.8: V. CGUE 6.09.2011, Causa C-108/10, Scattolon, punti 53 ss. su cui si rinvia a Cester 2012.

¹⁷¹ La sentenza si riferisce alla direttiva 1977/187, ma esplicitamente estende la sua interpretazione all'art.1, n.1, della direttiva 2001/23 (punto 54).

Si osserva che la lettura che estende l'applicazione dell'art. 31 d.lgs.165/2001 a ogni vicenda traslativa riguardante un'attività svolta da un soggetto pubblico comporta che fattispecie qualificabili nel settore privato come cessione di contratto, richiedendo per questo il consenso individuale del lavoratore ceduto, nel settore pubblico legittimerebbero il passaggio automatico del personale. E si presenta anche nella fattispecie delle esternalizzazioni delle pubbliche amministrazioni quella <<eterogenesi dei fini>>¹⁷² che porta a configurare l'interesse dei lavoratori in termini diversi da quelli prefigurati dall'art.2112 cod. civ. e dalla disciplina europea del trasferimento d'azienda. Infatti la tutela dei dipendenti pubblici addetti alle attività trasferite non si realizza ampliando il più possibile lo spettro applicativo della norma fino a comprendere ogni tipo di traslazione riguardante un'attività svolta dal soggetto pubblico; al contrario, è prevalente l'interesse dei lavoratori a restringere il campo di applicazione del "passaggio automatico" al nuovo datore di lavoro e ad ampliare invece quello della cessione del contratto, che subordina il cambiamento del datore di lavoro al loro consenso. 'E ben vero che se si resta dipendenti della pubblica amministrazione che ha esternalizzato si rischia di diventare lavoratori "in esubero", ma si tratta di una condizione che è assai più protetta rispetto al settore privato, come appare evidente comparando la disciplina del collocamento in disponibilità operante nel settore pubblico (artt. 34 e 34-bis, d.lgs. n.165/2001¹⁷³) alla disciplina del licenziamento collettivo operante nel settore privato, e anche alle regole sulla gestione degli esuberanti nelle società pubbliche, le quali, pur prevedendo temporanee tutele procedurali, offrono comunque garanzie inferiori (v. *infra*, § 5.3). Si consideri altresì che nel settore privato non opera più, in connessione con i licenziamenti per motivi economici e i licenziamenti collettivi, la tutela dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori che invece resta applicabile nel settore pubblico¹⁷⁴.

Il dubbio che effettivamente l'art.31 d.lgs. 165/2001 non persegua affatto la finalità di tutelare i lavoratori, ma solo quella di favorire le esigenze di riorganizzazione del datore di lavoro pubblico, si prospetta considerando, come è stato osservato in dottrina¹⁷⁵, la collocazione della disposizione nel Testo unico sul lavoro pubblico: è inserita all'interno del Titolo II, dedicato ai profili dell'<<organizzazione>>. Si tratterebbe dunque di una norma "speciale" volta a favorire i processi di esternalizzazione, con la quale il legislatore "utilizza" il rinvio all'art.2112 cod. civ. solo per impedire che i singoli lavoratori frappongano ostacoli opponendo la necessità del proprio consenso richiesta dall'applicazione dell'istituto della cessione del contratto¹⁷⁶.

¹⁷² V. già Scarpelli 1999, ove evidenzia i paradossi derivanti da un'interpretazione eccessivamente lata della nozione del trasferimento di ramo d'azienda; v. altresì Romei 1999. Con riferimento specifico all'art.31 d.lgs. 165/2001 v. Chieco 2008, p.280 ss.

¹⁷³ V. al riguardo Leone 2010, Basenghi 2013, Gentile 2013.

¹⁷⁴ Nonostante siano state numerose le opzioni dottrinarie e giurisprudenziali favorevoli a una applicazione anche al lavoro pubblico delle nuove disposizioni in materia di licenziamento, sembra certo che la riforma del lavoro pubblico in corso di definizione accoglierà la contraria opzione che conferma l'applicazione nel lavoro pubblico dell'art.18 S.L.: v. l'art. 21 dello schema di decreto legislativo di riforma del d.lgs. n.165/2001 che integra il co. 2 dell'art.63 d.lgs. 165/2001 disponendo la reintegra del lavoratore il cui licenziamento sia stato annullato o dichiarato nullo, con pagamento di una indennità risarcitoria misurata sull'intervallo temporale tra licenziamento ed effettiva reintegra ma che non può superare le 24 mensilità (salvo l'*aliunde perceptum*) con versamento dei contributi previdenziali e assistenziali. Non è prevista la sostituzione della reintegra con una ulteriore indennità.

¹⁷⁵ Per questo rilievo V. Casale 2003, Mainardi e Casale 2004, Chieco 2008, Basenghi 2011; Mezzacapo 2010 ne deduce una sostanziale irrilevanza del richiamo all'art.2112 cod. civ.

¹⁷⁶ Una lettura della cui conformità con la normativa e la giurisprudenza europee si è dubitato, con riguardo al principio che la regolamentazione "speciale" <<non deve essere tale da pregiudicare gli *standards* di trattamento prescritti dalla normativa comunitaria in favore dei lavoratori coinvolti nei processi in esame>>: Chieco 2008, p.279 nonché *ivi* p. 283 ss.

La questione è troppo complessa perché se ne possa qui dar conto e si possano esaminare le interessanti proposte interpretative elaborate per assicurare una tutela adeguata ai lavoratori¹⁷⁷. Nei limiti di questa relazione, volta a evidenziare soprattutto le innovazioni di recente introdotte dal legislatore, si può solo rinviare, anche per la riflessione sugli orientamenti giurisprudenziali, nazionali ed europei, alla dottrina che autorevolmente e approfonditamente ha analizzato il tema¹⁷⁸. Si consideri altresì che oggi i problemi riguardano soprattutto i processi di internalizzazione di funzioni e di servizi, a cui possono conseguire i “rientri” dei lavoratori, e la gestione della sorte dei rapporti di lavoro di coloro che non possono seguire il percorso inverso o che comunque rischiano la perdita del posto di lavoro. Di questo si tratterà nel paragrafo che segue.

5.3. Le “reinternalizzazioni” e gli esuberi.

Gli interventi legislativi volti a ridurre le esternalizzazioni e a restringere i margini di legittimità delle partecipazioni azionarie delle pubbliche amministrazioni hanno fatto emergere il problema della sorte dei lavoratori coinvolti dai processi di “reinternalizzazione” di attività e funzioni, per la cui soluzione ci si è interrogati sulla possibilità di far valere il principio adottato per le esternalizzazioni - <<il lavoratore segue il posto di lavoro come avviene nel privato>>¹⁷⁹ - anche per il percorso inverso, ovvero qualora l’attività pubblica venga “reinternalizzata”. Concordemente esclusa l’applicazione in questo caso della regola di cui all’art.31 d.lgs. n.165/2001 – riferibile alle sole esternalizzazioni – gli interpreti si sono chiesti se fosse possibile, o anche doverosa ai sensi delle regole poste dal diritto europeo in materia di trasferimenti, l’applicazione dell’art.2112 cod.civ.. Un’applicazione che rispetterebbe pienamente la valenza di tutela dei lavoratori propria della disposizione, perché sarebbe assicurata la continuità dei rapporti di lavoro, anche se non necessariamente delle condizioni di inquadramento e retributive¹⁸⁰; ma che può entrare in conflitto con la regola costituzionale dell’accesso per concorso agli impieghi pubblici (art.97 Cost.). Si determina dunque una forte tensione tra i principi propri del diritto del lavoro, orientati a garantire la continuità del rapporto nell’ambito delle vicende traslative dell’impresa, e le esigenze di trasparenza e imparzialità che condizionano significativamente l’applicazione dell’art. 2112 cod.civ. nel contesto in esame¹⁸¹.

La Corte Costituzionale ha sempre negato - in decisioni rese nei confronti di leggi regionali, ma di valenza generale - la legittimità di “internalizzazioni” attraverso il passaggio automatico dall’impiego (privato) in una società partecipata a quello alle dipendenze di una pubblica amministrazione, perché si aggirerebbe la regola che condiziona l’acquisizione dello statuto giuridico di dipendente pubblico all’espletamento di un concorso pubblico. Particolarmente significative al riguardo sono le sentenze n. 167 e n.229 del 2013 nelle quali, confermando la propria giurisprudenza che ha sancito <<l’indefettibilità del concorso pubblico come canale di accesso pressoché esclusivo nei ruoli delle pubbliche amministrazioni in linea con il principio di

¹⁷⁷ Chieco 2008, Giaconi e Scarpelli 2014. V. altresì Novella Vallauri 2005, le cui osservazioni possono essere estese anche all’art 31, d.lgs.165/2001.

¹⁷⁸V. Giaconi e Scarpelli 2014, Chieco 2008 e 2010, Mainardi 2000 e 2004, Nicolosi 2012 Sordi 2010 Fontana 2014, Albi 2014 per il commento al 31. Per le esternalizzazioni nei servizi pubblici locali v. già L.Zoppoli 1996, Ballestero 2001 De Simone 200 e 2002, Novella 2001 e 2002. Sulle esternalizzazioni già cit. Corte Cost n. 277/2005 commentata da Chieco 2008 E’ competenza esclusiva dello Stato. No competenza regioni. Specificamente sulla giurisprudenza europea Lo Faro 2009. V. altresì Bolego 2003 e Pizzoferrato, 2008.

¹⁷⁹ Chieco 2010.

¹⁸⁰ V. CGUE 26.09.2000, causa C-175/1999, Mayeur in un caso (francese) di reinternalizzazione di un servizio pubblico di interesse generale e il commento di Giaconi 2014, p.445.

¹⁸¹ Albi 2014, p.238.

eguaglianza e i canoni di imparzialità e di buon andamento>>, la Corte respinge l'ipotesi difensiva di una applicazione dell'art.31 d.lgs. 165/2001 e nega che la partecipazione totalitaria di un ente pubblico al capitale sociale possa attribuire natura pubblicistica alla società o consentire di equipararla a un organo della pubblica amministrazione socia¹⁸².

L'inapplicabilità, automatica e generalizzata, del principio di continuità del rapporto di lavoro ai sensi dell'art.2112 cod.civ. nel caso di reinternalizzazione in una pubblica amministrazione di attività in precedenza affidate all'esterno, ancorché a società pubbliche, è stata ripetutamente sostenuta anche dalle sezioni di controllo della Corte dei Conti, chiamate a esprimere il parere nei frequenti processi di reinternalizzazione che hanno coinvolto gli enti locali a seguito degli interventi restrittivi attuati dal legislatore a partire dal 2006/2007. Si afferma che, in conformità all'art.97 Cost., l'applicazione del principio può operare solo per il personale già assunto con concorso¹⁸³.

Si tratta di affermazioni che fanno emergere una contraddizione nelle posizioni assunte dalla giurisprudenza. Infatti, se, come appare a chi scrive ragionevole e condivisibile, si considerano le procedure selettive dettate dalla legge per il reclutamento nelle società partecipate (prima dall'art.18 l.n.133/2008, ora dall'art.19, co.2, d.lgs.n.175/2016) diverse dai concorsi di natura giuridica pubblicistica per l'accesso al lavoro nelle pubbliche amministrazioni - una diversità che impedisce il passaggio dei lavoratori assunti con le prescritte modalità selettive dalla società partecipata all'ente pubblico - non si comprende come possano le stesse procedure essere parificate ai concorsi pubblici e ricondotte all'art. 97 Cost. quali <<norme interposte>> per giustificare il diniego di conversione del rapporto *ope iudicis* e l'applicazione dell'art.36 d.lgs.n.165/2001 nelle società a controllo pubblico. Si confermano dunque, indirettamente, le perplessità sull'inquadramento giuridico "pubblicistico" delle procedure selettive per le assunzioni nelle società a controllo pubblico, di cui si è detto *supra* al § 3.3.

Tuttavia si riscontra qualche ambiguità in alcune decisioni relative all'internalizzazione di personale assunto direttamente da una società partecipata, ma con le procedure selettive conformi al dettato dell'art. 35, c.3, d.lgs.n.165/2001 imposte dall'art. 18, l.n.133/2008¹⁸⁴. Così nelle affermazioni della citata Corte Cost. n.167/2013, ove (punto 4.2.1) riferendosi alla delibera della Sezione regionale di controllo per la Lombardia n.1051/2010¹⁸⁵ sembra far salvi, ovvero ammettere all'internalizzazione, oltre i lavoratori già dipendenti pubblici, i dipendenti selezionati dalle società partecipate <<in conformità al principio sancito dall'art.97. Cost. Il diritto all'inserimento nell'organico dell'ente dev'essere, invece, correlativamente escluso in capo ai dipendenti *illo tempore* assunti da società controllate senza il ricorso a procedure selettive pubbliche equivalenti>>. Anche la Corte dei Conti aveva manifestato qualche apertura verso una parificazione delle procedure selettive per l'accesso al lavoro pubblico e alle società partecipate nell'ipotesi di

¹⁸² Per la prima affermazione v. Corte Cost.n.167/2013, per la seconda C. Cost. n.229/2013. Più di recente v. C. Cost. n. 7/2015, riferita a una legge della Regione Sardegna disciplinante una <<procedura di mobilità>> da una società *in house* a una Agenzia <<da considerarsi amministrazione pubblica in senso proprio>>, a cui si rinvia per i richiami alla precedente giurisprudenza della Corte, anche quella riferita alle ipotesi di deroga al concorso <<in presenza di peculiari e straordinarie esigenze di diritto pubblico>> tra le quali non ritiene compresa la fattispecie in esame. Per il commento a tali sentenze e per la diversa posizione assunta da una parte della giurisprudenza di merito, v. Raimondi 2014, p.568 ss. In tema v. altresì Fontana 2014, Giaconi 2014, Chieco 2015.

¹⁸³ V. ad es. C. Conti, sez. riunite di controllo, 3.2.2012 n. 4; sugli interventi del giudice contabile v.: Giaconi e Scarpelli 2014 p.396 s.; Chieco 2015, nota 15.

¹⁸⁴ V. Corte dei Conti parere n. 987 del 5.11.2009.

¹⁸⁵ << Indagine sulle esternalizzazioni negli Enti locali della Regione Lombardia >>, richiamata dalla resistente.

internalizzazioni, peraltro in alcune decisioni risalenti ¹⁸⁶, ma poi la sua posizione è stata netta nel negare tale possibilità, riconducendo la propria posizione alle decisioni della Corte Costituzionale in ordine all'art.97 Cost., ma anche, con riferimento agli enti locali, ai riflessi sul rispetto dei limiti alle facoltà di assunzione e delle norme di stabilità¹⁸⁷.

Su questo profilo problematico il d.lgs. n.175/2016 - che prescrive un riordino delle società pubbliche implicante revisioni drastiche e dismissioni e dunque riduzioni del personale - prende posizione con nettezza, anche se con una formulazione tale da sollevare numerosi dubbi interpretativi e prospettare una non agevole applicazione delle nuove norme. Infatti all'art. 19, co 8, si afferma che le pubbliche amministrazioni titolari di partecipazioni di controllo in società, in caso di reinternalizzazione di funzioni o servizi esternalizzati, <<procedono (...) al riassorbimento delle unità di personale già dipendenti a tempo indeterminato da amministrazioni pubbliche e transitate alle dipendenze della società interessata dal processo di reinternalizzazione>>. Il riassorbimento deve avvenire <<prima di poter effettuare nuove assunzioni>>, mediante <<l'utilizzo delle procedure di mobilità>> di cui al d.lgs. n.165/2001, <<nel rispetto dei vincoli in materia di finanza pubblica e contenimento delle spese di personale>>; può essere <<disposto solo nei limiti dei posti vacanti nelle dotazioni organiche dell'amministrazione interessata e nell'ambito delle facoltà assunzionali disponibili>>.

Il principio è espresso con chiarezza: le persone "assorbibili" sono solo quelle già dipendenti dalla pubblica amministrazione che ha esternalizzato, nonché da altre pubbliche amministrazioni¹⁸⁸. Sono da ritenere esclusi anche coloro che sono stati assunti direttamente dalle società partecipate sulla base di una procedura selettiva: il legislatore si conforma all'interpretazione della Corte Costituzionale e della Corte dei Conti di cui si è detto.

Meno chiari sono alcuni punti della regolazione, oltre al fatto che su aspetti rilevanti si riscontrano lacune non semplici da colmare.

Non è chiaro il significato da attribuire al richiamo all'art.30, d.lgs. n.165/2001, disposizione che si occupa del <<Passaggio diretto del personale tra amministrazioni diverse>> con riferimento, dopo le ultime integrazioni legislative, a varie fattispecie, ma diverse da quella oggetto dell'art.19, co.8. Una differenza sottolineata da ultimo, proprio con riferimento al d.lgs. n.175/2016, dalla Corte dei Conti, Sezione di controllo della Campania (delibera n.56 del 19 aprile 2017), per la quale <<è indubbio che l'art. 30 del d.lgs. 165/2001 non è in alcun modo applicabile in maniera generalizzata al settore del personale delle società a partecipazione pubblica, per il quale può operare solo nei ristretti ambiti soggettivi e oggettivi, legislativamente consentiti>>. L'unica lettura possibile è dunque probabilmente quella, prospettata in dottrina, di riferire il richiamo in oggetto alle procedure indicate nel promo comma dell'articolo 30 relative alla pubblicazione sul sito istituzionale dei posti vacanti che si intendono ricoprire attraverso il passaggio diretto, con i relativi requisiti¹⁸⁹. Si potrebbe altresì ritenere che il legislatore abbia richiamato l'art.30 d.lgs. n.165/2001 per rimarcare l'applicazione della disciplina della cessione del contratto, che comporta il vaglio di ogni singola posizione e il consenso di entrambe le parti, e dunque per allontanare l'ipotesi dell'applicazione dell'art.2112 cod.civ. che, comportando il passaggio automatico di tutti i dipendenti coinvolti nella

¹⁸⁶ V. le decisioni riportate da Giaconi e Scarpelli 2014, pp.396-397; in tema v. altresì Piperata 2009, Fontana 2014, Raimondi 2014.

¹⁸⁷ V. da ultimo Corte dei Conti, sez. controllo Campania, 19.04.2017, n. 56, anche per i richiami di precedenti.

¹⁸⁸ Così è da intendere considerando il dato letterale, ovvero l'uso della preposizione semplice <<da>>. Di questa opinione anche Mezzacapo 2017.

¹⁸⁹ Così Pinto 2017. Non si tratta però di <<un istituto di diritto pubblico del passaggio diretto di personale tra le amministrazioni pubbliche>> Come invece ritiene Petrucci 2017, p.290.

<<reinternalizzazione di funzioni o servizi esternalizzati>>, non solo si porrebbe in conflitto con la selezione dei “già dipendenti”, unici “ammessi”, ma pure con i limiti che possono portare ad escludere anche alcuni di questi (v. *infra*). Peraltro, nei casi in cui tale <<reinternalizzazione>> si configura come un trasferimento l’esclusione dall’applicazione dell’art.2112 cod. civ., in conformità con i principi di cui all’art.97 Cost., può prospettare un problema di compatibilità con l’ordinamento europeo, per violazione della direttiva n.2001/23. Si tornerà a breve su questo aspetto, da ricomprendere tra i molti per i quali il legislatore tralascia di dare indicazioni.

Innanzitutto, dal tenore letterale si evince che il <<riassorbimento>> è un obbligo per le pubbliche amministrazioni, e dunque un diritto per i lavoratori che abbiano i requisiti richiesti: ma non necessariamente per tutti. Infatti, considerate le condizioni poste dal legislatore - rispettare i vincoli di finanza pubblica e di contenimento delle spese di personale, rientrare nei limiti posti alle assunzione e avere i posti in organico - si può verificare una discrasia tra il numero dei lavoratori da riassorbire e il numero di quelli che effettivamente si possono riassorbire. Inoltre si afferma che tali lavoratori vanno “riassorbiti” prima di procedere a nuove assunzioni, ma non è chiaro con quale ordine di priorità si debba risolvere il confronto con personale in disponibilità che ai sensi dell’art.33, co. 6 e 4, d.lgs. n.165/2001 deve essere anch’esso ricollocato con diritto di precedenza rispetto alle nuove assunzioni. Tuttavia, il legislatore non dà indicazioni chiare per l’ipotesi in cui non tutti i lavoratori possano essere ricollocati: con quali criteri e ordine di priorità si scelgono i lavoratori da assorbire, quale sia la sorte degli esclusi.

Per la scelta dei lavoratori che hanno i requisiti per l’internalizzazione si è ipotizzata un’applicazione analogica dei criteri dettati dall’art.5 della l.n. 223/1991¹⁹⁰. Nella maggior parte dei casi potrà trattarsi di un ordine di priorità nell’attesa della mobilità, per facilitare la quale il rinvio all’art.30, d.lgs. n.165/2016 consente di prevedere anche una riqualificazione dei dipendenti, <<eventualmente avvalendosi, ove sia necessario predisporre percorsi specifici o settoriali di formazione, della Scuola nazionale dell’amministrazione>> (art. 30, co 1-*bis*).

E’ significativo delle difficoltà prefigurate per la gestione dei “rientri”, e della ricerca di “strumenti” per facilitarli <<l’impegno>>, che si legge nell’Intesa con le Regioni sui contenuti del d.lgs. n.175/2016, <<ad accogliere gli emendamenti proposti dalle Regioni nel documento dell’8 marzo 2017 con riguardo all’articolo 19, commi 8 e 9, del TU 175/2016, relativi al riassorbimento del personale delle società pubbliche già proveniente dalle amministrazioni interessate e già reclutate all’esito di pubblico concorso, con riserva di procedere ad una formulazione che garantisca il rispetto del criterio di copertura e neutralità finanziaria e nei limiti quindi della verificabile sostenibilità finanziaria della previsione>>. In particolare, sull’art. 19 co 8 si intende specificare che nei casi di reinternalizzazione di funzioni o servizi e quindi di riassorbimento del personale prima di nuove assunzioni <<limitatamente al recupero delle risorse, in precedenza assegnate alla società per il personale trasferito, la spesa per il riassorbimento del personale non rileva nell’ambito delle facoltà assunzionali disponibili e del parametro di cui al comma 557-quater dell’art.1, l. n.296/2006>>.

Non si può peraltro escludere, soprattutto nei casi di dismissione delle società a controllo pubblico, che restino degli “esuberanti”, i quali vanno ad aggiungersi ai lavoratori che non possono comunque rientrare nell’ambito delle pubbliche amministrazioni perché privi del requisito dell’assunzione tramite concorso pubblico. Costoro si possono configurare come personale eccedente al quale, in via transitoria, continueranno ad applicarsi le disposizioni di cui all’art.1,

¹⁹⁰ Così Pinto 2017.

commi da 565 a 568, della l. n.147/2013 (art.19, c.9) fino a che non verrà attivata la particolare procedura disposta dall'art.25, di cui si dirà a breve, anch'essa peraltro transitoria; a regime è da prevedere il licenziamento, con l'intervento degli ammortizzatori sociali richiamati espressamente dall'art.19, co.1, nel rinviare all'applicazione della disciplina del lavoro privato.

Tuttavia, nei casi in cui la <<reinternalizzazione di funzioni o servizi esternalizzati>> si configura come una fattispecie di trasferimento d'azienda, si pone un problema di compatibilità con le regole dell'ordinamento europeo¹⁹¹: l'esclusione di una parte dei lavoratori non potrebbe essere legittimata semplicemente opponendo il vincolo dell'art.97 Cost. Al riguardo si può richiamare la giurisprudenza europea sulla corretta recezione della direttiva in materia di contratti a termine, che fa salva la normativa italiana che esclude la conversione sanzionatoria del rapporto nel lavoro pubblico per il vincolo dell'art.97 Cost. (art. 36 d.lgs. n.165/2001) a condizione che venga assicurata l'applicazione di un rimedio equivalente. In altri termini il rispetto dell'art.97 Cost non legittima l'ordinamento italiano a privare i lavoratori delle tutele richieste dalla direttiva, che devono essere altrimenti in qualche modo garantite.

Si tratta solo di un'ipotesi, l'unica certezza è che il legislatore si è dimenticato dei problemi "connessi".

Come si è anticipato, il legislatore, consapevole che il riordino disposto per le società a controllo pubblico¹⁹² potrà comportare (comporterà) una situazione di eccedenza del personale, ha disciplinato all'art. 25 un particolare percorso da applicarsi in via transitoria.. La disciplina non può ancora considerarsi compiutamente definita, perché è interessata dalle modifiche introdotte dal decreto correttivo e da quelle richieste nell'Intesa con le Regioni, non ancora approvate in via definitiva, le quali riguardano sia le scadenze temporali del percorso delineato dal legislatore sia i contenuti. Ci si limita pertanto a dar conto degli aspetti per i quali non sono previsti cambiamenti.

Il punto di partenza è una ricognizione del personale in servizio che le società a controllo pubblico devono compiere entro un termine prestabilito, al fine di individuare le eventuali eccedenze del personale, <<anche>>¹⁹³ conseguenti alla revisione straordinaria delle partecipazioni disposta all'art.24 dello stesso decreto, da inserire in un elenco, compilato con puntuale indicazione dei profili professionali, da trasmettere alla regione nel cui territorio la società ha sede legale. Le modalità con cui compiere tale operazione sono definite da un decreto del Ministro del lavoro, da emanarsi di concerto con il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione e il Ministro dell'economia e delle finanze; il decreto legislativo correttivo introduce la precisazione che il decreto ministeriale dovrà essere adottato <<previa intesa in Conferenza unificata>> ai sensi dell'art.9 d.lgs. 281/1997, ma nell'intesa sancita in Conferenza unificata sul d.lgs.n.175/2016 << è stata concordata la previsione dell'intesa forte ex articolo 8, comma 6, legge n.131 del 2003 per l'adozione del decreto>>. Il decreto ministeriale definirà anche le modalità con cui le regioni dovranno formare e gestire l'elenco dei lavoratori dichiarati eccedenti e agevolare i processi di mobilità in ambito regionale (art.25, co 2). Decorsi sei mesi dalla scadenza del termine per la

¹⁹¹ Con riferimento alle disposizioni che vietano il licenziamento a causa di un trasferimento d'azienda (art.4, par.1, direttiva n.2001/23, art. 2112, co 4, cod.civ.) si è prospettata in dottrina la tesi dell'applicazione nei casi che si configurano come cessazione di rapporto di lavoro <<interventiva per fatto imputabile al datore di lavoro>>, di una tutela di carattere indennitario come indicato nella sentenza Mayeur: così Giaconi e Scarpelli 2014, p. 410, riferendosi alla decisione CGUE 26. 09.2000, Causa C-175/99, Mayeur.

¹⁹² V. artt. 20 e 24 d.lgs. n.175/2016.

¹⁹³ Così è scritto nel comma 1 dell'art.25. L'uso della congiunzione <<anche>> induce a ritenere che le eccedenze possano essere da ricondurre non solo agli interventi disposti all'art.24, ma pure, ad esempio, alle razionalizzazioni disciplinate all'art.20 (piani di riassetto per razionalizzazioni, fusioni o soppressioni anche mediante messa in liquidazione o cessione).

effettuazione della ricognizione le regioni trasmettono gli elenchi dei lavoratori eccedenti non ricollocati, per la loro gestione, all’Agenzia nazionale per le politiche del lavoro (co 3).

Fino a un termine prestabilito le società a controllo pubblico non possono procedere a nuove assunzioni a tempo indeterminato se non attingendo, con le modalità indicate nel decreto, agli elenchi dei lavoratori eccedenti (co.4): il decreto legislativo correttivo precisa, integrando il co. 4, che il divieto decorre dalla data di pubblicazione del decreto ministeriale contenente le “istruzioni”. E’ stata dunque accolta l’interpretazione suggerita in dottrina per sciogliere il dubbio posto dalla formulazione della norma¹⁹⁴. Si tratta di un obbligo la cui violazione è sanzionata severamente: <<i>rapporti di lavoro stipulati in violazione delle disposizioni del presente articolo sono nulli e i relativi provvedimenti costituiscono grave irregolarità ai sensi dell’art.2409 del codice civile>> (co 6). L’unica eccezione concessa riguarda la necessità di assumere personale <<con profilo infungibile inerente a specifiche competenze>> non presente negli elenchi: si può in tal caso procedere alle assunzioni (ovviamente, con le modalità selettive indicate nell’art.19) ma solo dietro autorizzazione nel primo periodo delle regioni, successivamente dell’Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro; per le società controllate dallo Stato l’autorizzazione deve sempre provenire dal Ministero dell’economia e delle finanze (co 5). L’applicazione delle regole di cui all’art.25 è esclusa per le società a partecipazione mista pubblico-privata disciplinate dall’art.17 d.lgs.175/2016, che siano a prevalente capitale privato, producano servizi di interesse generale e nei tre esercizi precedenti abbiano prodotto un risultato positivo (co 7).

La gestione delle eccedenze di personale secondo le procedure dettate nell’art.25 diventerà dunque operativa, come si è detto, solo a partire dall’adozione del decreto ministeriale deputato a regolamentarla; fino a quel momento, ma comunque non oltre il 31 dicembre 2017, continueranno ad applicarsi le norme di cui all’art. 1, commi da 565 a 568 della l. 147/2013: così dispone l’art.19, co 9, come modificato dal decreto legislativo correttivo in fase di definizione. Tuttavia nell’Intesa sul d.lgs.175/2016 sancita in sede di Conferenza unificata si è registrato l’impegno all’applicazione transitoria anche dei commi 563 e 564 dell’art.1, l.n.147/2013 (e non solo dei commi da 565 a 568). Pur senza entrare nel merito di disposizioni che hanno mera valenza transitoria¹⁹⁵ – essendo state abrogate dall’art. 28, co. 1, lett. t), d.lgs. n.175/2016 - è interessante ricordare il contenuto del comma 563 richiamato nell’Intesa raggiunta con la Conferenza unificata. Si dispone che le società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni (escluse le quotate) possono, sulla base di un accordo tra di loro, anche al di fuori delle ipotesi previste dall’art.31 d.lgs. n.165/2001, realizzare senza necessità del consenso del lavoratore, processi di mobilità del personale in relazione al proprio fabbisogno e per le finalità indicate nei commi successivi (ovvero trovare rimedio ad eccedenze di personale), previa informativa agli organismi sindacali interni e firmatari dei contratti collettivi applicati, in coerenza con l’ordinamento professionale e senza oneri aggiunti per la finanza pubblica, applicando i commi 1 e 3 dell’art.2112 cod. civ. (garanzia di continuità dei rapporti di lavoro e regole sulla successione dei contratti collettivi).

Soprattutto è interessante un confronto¹⁹⁶ tra la disciplina delle eccedenze disposta nei commi 565-568 dell’art.1, l.n.147/2013 e quella prevista dall’art.25 relativamente al ruolo attribuito al

¹⁹⁴ V. le opinioni di Maresca e Romei, riportate da Gambardella 2017; in questo senso anche Pinto 2017.

¹⁹⁵ Sulla disciplina di mobilità prima del d.lgs. n.175/2016 e da questo salvata in via transitoria si rinvia ad Albi 2014, p.248 ss. e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

¹⁹⁶ Sottolineato da Pinto 2017, il quale rileva altresì alcune incongruità nella disciplina con riguardo al trattamento dei lavoratori nelle more della ricollocazione (tra l’altro difficile, considerando che la gran parte delle società a controllo pubblico avranno il problema di esuberanti e non di assunzioni) e la similitudine tra il processo di <<mobilità

sindacato nelle procedure. La legge n.147/2013 prevede il coinvolgimento delle rappresentanze sindacali operanti presso le società e delle organizzazioni sindacali firmatarie dei contratti collettivi da queste applicati (art.1, co. 565 e 566), nonché la possibilità di concludere accordi con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative finalizzati alla realizzazione della mobilità dei dipendenti in esubero anche fuori dalla regione interessata (co. 567). Nella procedura di cui all'art.25 d.l.s. 175/2016 il sindacato è completamente assente.

Sono numerosi gli aspetti che la disciplina speciale dettata dall'art.25 lascia senza risposta: in particolare, il problema del rapporto con la disciplina generale dei licenziamenti collettivi, gli effetti del mutamento del datore di lavoro (ad es. è in continuità o configura nuovo rapporto di lavoro?), l'applicazione della disciplina del d.lgs. n.23/2015), le modalità di selezione degli eccedenti.

5.4. Le successioni negli appalti: la disciplina “speciale” una tantum per le società a controllo pubblico; le clausole sociali.

Il d.lgs. n.175/2016 dispone, *una tantum*, una tutela occupazionale per i lavoratori interessati dai processi di revisione straordinaria delle partecipazioni disciplinata all'art.24 del medesimo decreto: si tratta delle partecipazioni detenute, direttamente o indirettamente, dalle amministrazioni pubbliche alla data in vigore del decreto che, in quanto non riconducibili alle categorie dallo stesso previste o prive dei requisiti prescritti, devono essere alienate o soggette alle conseguenze della revisione di cui all'art.20 (razionalizzazione, fusione, revisione, o soppressione tramite messa in liquidazione o fusione). Qualora una società a controllo pubblico perda, in conseguenza di tali processi, un appalto o una concessione, l'art.24, co.9. dispone che in occasione della prima gara successiva il rapporto di lavoro del personale già impiegato nell'appalto o nella concessione continui con il subentrante ai sensi dell'art. 2112 cod. civ. E' significativo che <<l'esclusivo fine>> dichiarato sia quello non di proteggere i lavoratori, ma di favorire i processi di revisione delle partecipate (v. l'incipit del co. 9, art.24).

Il legislatore garantisce dunque ai lavoratori dipendenti della società a controllo pubblico che ha perso l'appalto la garanzia di continuità del rapporto di lavoro con il subentrante e estende loro le tutele garantite dall'art.2112 cod.civ., a prescindere dal fatto che la successione nell'appalto e l'acquisizione del personale in questo già impiegato configuri o meno un trasferimento d'azienda. Si ritiene che la disposizione configuri una deroga *una tantum*, in senso estensivo, alla norma contenuta nell'art.29, co. 3, d.lgs. n. 276/2003, come modificata dall'art.30 della l. n.122/2016, per adeguarla all'interpretazione conforme ai principi del diritto europeo. Nelle fattispecie richiamate dall'art.24, co. 9, infatti, la successione nell'appalto produce gli effetti dettati dall'art. 2112 cod. civ. anche <<ove vi siano elementi di discontinuità che determinano una specifica identità d'impresa>> (così l'integrazione del co.3, art. 29) ovvero quando non è configurabile un trasferimento d'azienda.

Al di fuori dell'ipotesi “eccezionale” di cui sopra, il problema della tutela dei lavoratori nella successione di appalti pubblici è affidato alle clausole sociali, ora espressamente legittimate in termini generali dal Codice dei contratti pubblici - art. 50, d.lgs. 50/2016 - con un'importante novità introdotta dal decreto correttivo approvato con d.lgs. 19 aprile 2017 n.56: quello che era stato configurato come obbligo nell'originario schema di decreto attuativo della l.n.11/2016, derubricato a mera facoltà nell'art. 50 del d.lgs. 50/2016, torna ora ad essere un obbligo con la modifica introdotta dal d.lgs. n. 56/2017. Una significativa conquista, rivendicata dal fronte sindacale, anche

intersocietaria da posto a posto di lavoro>> ex art.25 e il modello adottato per la rioccupazione del personale “soprannumerario presso le province e le città metropolitane dalla l.n.190/2014.

se non sembra risolvere tutti i problemi posti da una interpretazione giudiziaria restrittiva e da un testo legislativo non preclaro.

L'art.50 si occupa dell'inserimento di <<specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario dei contratti collettivi di settore di cui all'art.51 del d.lgs. 15 giugno 2015, n.81>> nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, <<con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera>>. Si pone la condizione del <<rispetto dei principi dell'Unione europea>> e si precisa che sono servizi ad alta intensità di manodopera quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50% dell'importo totale del contratto. Nella versione originaria dell'art. 50, tale inserimento era configurato come una facoltà; ora con l'art.21 del decreto correttivo le parole <<possono inserire> diventano <<inseriscono>>, dunque l'inserzione di tali clausole nella *lex specialis* della gara non è più lasciata alla scelta della stazione appaltante; e questo è un dato sicuramente positivo. Tuttavia ciò non comporta che siano risolti i problemi relativi al grado di vincolatività di tali obblighi, ovvero i problemi di compatibilità con il diritto nazionale ed europeo a tutela della concorrenza e della libertà d'impresa a cui le procedure a evidenza pubblica devono conformarsi e che sono alla base della frequente impugnazione davanti ai giudici amministrativi dei bandi e dei capitolati di gara da parte di imprese che, non applicando il CCNL che prevede tali clausole, sarebbero tenute a rispettarle solo in virtù del vincolo imposto dalla stazione appaltante.

Ricapitolando in estrema sintesi¹⁹⁷, per quanto riguarda i rapporti con il diritto europeo, ovvero la verifica della compatibilità delle clausole di riassunzione con le regole in materia di concorrenza e con gli obblighi degli Stati di garantire l'apertura dei mercati dei servizi nazionali (artt. 56-62 TFUE e direttive attuative)¹⁹⁸, le maggiori aperture rispetto al passato offerte dalla direttiva 2014/24 in merito alla possibilità di utilizzare gli appalti pubblici per scopi occupazionali¹⁹⁹ e la previsione contenuta nel Regolamento 1370/2007 di liberalizzazione del settore dei servizi pubblici di trasporto dei passeggeri su strada e per ferrovia²⁰⁰ possono essere letti come un implicito riconoscimento da parte del legislatore europeo della presunzione di compatibilità con i principi del mercato interno delle clausole sociali a tutela della continuità dell'occupazione. Inoltre, non risultano precedenti nella giurisprudenza della Corte di giustizia che escludano la legittimità del ricorso alle clausole sociali di riassunzione negli appalti. Manca, però, un esplicito fondamento della legittimità di tali clausole nell'ordinamento dell'Unione e i consolidati principi in materia di

¹⁹⁷ E rinviando alla letteratura in materia per le ricostruzioni e le analisi:

¹⁹⁸ Che ha registrato la condanna dell'Italia da parte della Corte di Giustizia per la normativa relativa alle concessioni di servizi aeroportuali che prevedeva in capo al nuovo concessionario l'obbligo di riassunzione dei dipendenti del precedente affidatario, per contrarietà di tale disposizione alle regole del mercato interno dei servizi, in specie quelli aeroportuali, oggetto della direttiva 1996/67 che ne ha imposto la liberalizzazione: CGUE 9.12.2004, causa C-460/02, Commissione c. Italia. La sentenza è di rilevanza per il tema in oggetto, ma la censura dei giudici europei non ha riguardato l'ammissibilità delle clausole sociali, bensì la loro configurazione nello specifico contesto di liberalizzazione del settore.

¹⁹⁹ Alla norma relativa agli appalti riservati (art.20), già presente nella precedente direttiva, si aggiunge la nuova disposizione dell'art.70 che tra le condizioni particolari di esecuzione dell'appalto consente che siano previste anche quelle finalizzate a perseguire obiettivi <<sociali e occupazionali>>, con una significativa innovazione rispetto alla direttiva 2004/18 nella quale i fini occupazionali erano ignorati.

²⁰⁰ In caso di subentro di nuovo gestore permette di garantire la continuità del rapporto anche dove non si configuri un trasferimento d'azienda in senso stretto: è stata letta da più parti come un riconoscimento da parte del legislatore europeo della presunzione di compatibilità con il principio del mercato interno delle clausole sociali a tutela della continuità dell'occupazione

concorrenza e libera prestazione di servizi comportano un loro utilizzo temperato con la libertà economica dell'impresa aggiudicataria, in base al principio di proporzionalità. In sintesi, sembrano non compatibili con il diritto europeo meccanismi rigidi e automatici di riassunzione, ma è necessario un certo grado di flessibilità (non ben definito).

Per quanto riguarda la giurisprudenza costituzionale²⁰¹, assume rilievo positivo la sentenza n. 68/2011²⁰² che incidentalmente riconosce la legittimità costituzionale di disposizioni di legge che configurano clausole sociali a tutela dell'occupazione, richiamando anche l'art.69 del d.lgs.n.163/2006 con cui il previgente Codice degli appalti consentiva di richiedere particolari requisiti di esecuzione dell'appalto, anche attinenti ad esigenze <<sociali>>, tra cui potevano essere comprese le esigenze di tutela dell'occupazione dei lavoratori impiegati dall'imprenditore uscente.

Tuttavia il fatto che la Corte Costituzionale consideri compatibili in via di principio con l'art.41 Cost. gli obblighi di assunzione posti a carico delle imprese aggiudicatarie non significa che la loro legittimità non si fondi su un giudizio di bilanciamento tra le esigenze di tutela sociale e la gravosità del vincolo alla libertà d'impresa.

La giustizia amministrativa fonda infatti sul criterio di bilanciamento la propria giurisprudenza, riferendosi sia ai principi dell'Unione europea sia all'art.41 Cost.: nega legittimità alle clausole sociali rigide e chiede una loro applicazione che tenga conto dell'organizzazione produttiva dell'impresa subentrante. Dunque la clausola di assunzione deve essere interpretata <<evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente>>²⁰³ e la mancata riassunzione di parte del personale può essere giustificata da <<una diversa organizzazione del lavoro e dell'ausilio di nuovi strumenti tecnici e informatici>>²⁰⁴.

Su queste posizioni si colloca anche l'ANAC nel dare indirizzi alle stazioni appaltanti²⁰⁵.

Di recente si riscontra anche un orientamento che pone a carico dell'impresa subentrante l'obbligo di assorbire i lavoratori dipendenti da quella uscente, ma non di destinarli all'esecuzione di quel medesimo contratto quando nell'organizzazione prefigurata per quello in contestazione gli stessi risultino superflui. Così la sentenza n.2433/2016, nella quale il Consiglio di Stato, ribadita la propria <<costante giurisprudenza >> secondo cui <<la clausola sociale va interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale garantita dall'art.41 Cost.>>, ne deduce che <<fermo l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle proprie dipendenze, il nuovo gestore del servizio può collocarne alcuni in altri contratti da esso eseguiti, anche ricorrendo agli ammortizzatori sociali previsti dalla legge allorché in esubero>>. Il giudice amministrativo precisa che in tal modo si favorisce la continuità e stabilità occupazionale dei lavoratori senza comprimere le esigenze organizzative dell'impresa subentrante che ritenga di poter svolgere il servizio utilizzando un numero inferiore di lavoratori rispetto al precedente

²⁰¹ In particolare si ricordano le sentenze censorie sull'imponibile di manodopera: da Corte Cost. n.78/1958 a Corte Cost. n.446/1994

²⁰² Citata sotto altri profili

²⁰³ Così C.d.S. n.5890/2014

²⁰⁴ Così C.d.S. n.2533/2013. V. altresì le decisioni del Consiglio di Stato n.1255/2016, n. 242/2016, n.5598/2015 e da ultimo del 5 maggio 2017 n. 2078.

²⁰⁵ V. ANAC, parere n.40/2014; molto significativo il parere reso al Comune di Asti il 23/1/2013: premessa la necessità del rispetto dei principi comunitari di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, l'ANAC ammetteva la legittimità della clausola a condizione che non configurasse barriere all'ingresso, ovvero elementi di ammissibilità della domanda, non incidesse sulla libertà dell'imprenditore subentrante di decidere della propria organizzazione d'impresa e delle esigenze tecniche e di manodopera relative all'esecuzione dell'appalto. In sintesi il rispetto integrale della clausola sociale da parte del nuovo appaltatore non era dovuto laddove ove non compatibile con l'organizzazione dell'impresa dell'appaltatore subentrante, ovvero qualora ricorressero i presupposti per discostarsene. V. al riguardo anche il Commento di Spanicciati a C.d.S. n. 4109/2016 in GDA, 2017, p.93.

gestore, <<ottenendo così economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento>>. Dunque il problema della proficua utilizzabilità di tali lavoratori o del loro configurarsi superflui si sposta a dopo il loro passaggio al nuovo aggiudicatario e la valutazione ha come contesto di riferimento non l'appalto in oggetto, per il quale si può utilizzare una minore componente di lavoro rispetto al precedente gestore, ma tutta l'attività dell'impresa subentrante. Sembra un passo avanti positivo nella conciliazione tra esigenze di flessibilità nell'applicazione della clausola sociale e interesse dei lavoratori, purché non si traduca in un semplice *escamotage* che lascia poi i lavoratori senza protezioni adeguate. Al riguardo è importante il ruolo che può essere svolto dalla contrattazione collettiva, a cui fa riferimento, ad esempio, la sentenza del Consiglio di Stato n. 5598/2015 per il caso in cui le esigenze organizzative dell'impresa subentrante non consentano il mantenimento dei lavoratori nello specifico servizio affidato: possono intervenire <<gli strumenti previsti o dalla legislazione sociale o dai contratti collettivi applicabili che non di rado prevedono – ma devono farlo espressamente – che l'impresa subentrante, al fine di armonizzare le sue mutate esigenze tecnico-organizzative dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali (...) possa fare ricorso a processi di mobilità da posto di lavoro a posto di lavoro nell'ambito dell'attività dell'impresa ovvero a strumenti quali *part time*, riduzione di orario di lavoro, flessibilità delle giornate lavorative, mobilità>>.

In questo contesto interpretativo il richiamo esplicito di tale clausola sociale nel nuovo Codice ha certamente rappresentato una novità positiva, considerata la fragilità della base nel precedente Codice (art. 69: il richiamo alle <<esigenze sociali>> quali condizioni speciali di esecuzione degli appalti); e ancor di più ora che l'inserimento delle clausole è diventato obbligatorio in tutti gli affidamenti dei contratti di concessione e appalti, evitando differenze e disparità.

Si può tuttavia notare che la trasformazione della facoltà in obbligo, in un testo per il resto lasciato identico, fa sorgere un problema interpretativo. Infatti, la specificazione relativa agli affidamenti <<con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera>>, se era compatibile con una “facoltà” di inserimento delle clausole sociali, diventa di difficile lettura quando, come ora, deve essere riferita ad un “obbligo”; l'interpretazione suggerita nella Relazione di accompagnamento al decreto configura l'obbligo ogni volta che si realizzi la condizione indicata nell'ultima parte dell'art. 50 (un costo della manodopera pari a almeno il 50% dell'importo totale del contratto), ma restano margini di incertezza. Può ritenersi invece risolta l'ambiguità insita nel rinvio ai <<contratti collettivi di settore di cui all'art. 51, d.lgs. 81/2015>> dei quali le stazioni appaltanti dovrebbero prevedere l'applicazione da parte dell'aggiudicatario quando adottano la clausola sociale. La formulazione (lessicalmente non appropriata) della norma sembrava consentire una interpretazione restrittiva – ovvero limitare l'applicazione delle clausole alle sole ipotesi in cui queste fossero previste dai contratti collettivi di cui all'art. 51 d.lgs. n. 81/2015 – per quanto da ritenere incongrua e contraddittoria rispetto alla *ratio* della norma volta a rafforzare, e non a indebolire, la tutela dell'occupazione in caso di subentro negli appalti. Nella nuova versione il rinvio può essere invece interpretato come obbligo di inserire la clausola contenuta nei contratti collettivi maggiormente rappresentativi ai sensi dell'art. 51, d.lgs. 81/2015, qualora si sia in presenza di più contratti collettivi.

Il più rilevante interrogativo posto dalla nuova disposizione riguarda il grado di vincolatività della clausola di riassunzione: ci si chiede se le condizioni di flessibilità imposte dalla giurisprudenza di cui si è dato conto *supra*, siano da ritenere tuttora operanti.

Le indicazioni giunte dalla giurisprudenza successiva all'emanazione del nuovo Codice – quindi vigente la formulazione dell'art. 50 che riconosce esplicitamente la legittimità

dell'inserimento delle clausole sociali nella *lex specialis* della gara, sebbene configurandola come una facoltà - sono in linea con la previgente giurisprudenza: in particolare le sentenze del Tar Toscana n.231/2017 e del Tar Calabria n. 209/2017 confermano i limiti derivanti dai principi di diritto costituzionale e di diritto europeo in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza. Così nella decisione toscana si precisa che se l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, non fosse armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante, la clausola sociale prevista dall'art.50 risulterebbe da un lato lesiva della concorrenza, perché scoraggerebbe la partecipazione alla gara e limiterebbe ulteriormente la platea dei partecipanti, dall'altro lato a ledere la libertà d'impresa riconosciuta e garantita dall'art.41 Cost. Un'opzione interpretativa a cui aderisce anche il Tar Calabria, riconducendo espressamente la lettura dell'art. 50 del nuovo Codice dei contratti alle linee interpretative dettate dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato di cui si è detto *supra*.

Si deve dunque concludere che il nuovo quadro regolativo disposto dal d.lgs. n.50/2016, come modificato dal d.lgs. n.56/2017, obbliga il committente pubblico a inserire la clausola sociale di riassunzione nella *lex specialis*, e dunque garantisce l'operatività generale (nelle gare aventi le caratteristiche indicate all'art.50) di questo importante strumento di tutela. Pur tuttavia, per quanto concerne l'effettiva applicazione della clausola restano ancora i limiti e le condizioni a garanzia della concorrenza e della libertà d'impresa, con le incertezze derivanti dall'opzione interpretativa restrittiva "costituzionalmente orientata" della giurisprudenza amministrativa e dell'Autorità Nazionale Anticorruzione²⁰⁶.

Un ultimo rilievo problematico in materia di passaggio di lavoratori nelle successioni di appalti pubblici può essere fatto con riguardo al coinvolgimento delle società a controllo pubblico e dunque al coordinamento tra le disposizioni del d.lgs. n.50/2016 e del d.lgs. n.175/2016²⁰⁷. Ci si può interrogare sulle conseguenze che possano discendere dall'applicazione della clausola sociale di riassunzione quando da questa si delinei un passaggio di lavoratori verso una società a controllo pubblico. Se il passaggio non configura un trasferimento d'azienda, le particolari procedure disposte dall'art.19, co.2, d.lgs.n.175/2016 dovrebbero impedire la riassunzione dei lavoratori o piuttosto imporre l'attivazione della procedura selettiva nei loro confronti; se configura un trasferimento d'azienda si dovrebbero applicare le disposizioni dell'art. 2112 cod.civ., ma ci si confronterebbe con le affermazioni di Corte Cost. n. 68/2011 (v. *retro* § 3.3). Dunque ancora problemi esegetici e incertezze.

6. Considerazioni finali: le ragioni del diritto del lavoro

La relazione aveva come obiettivo la ricostruzione e l'analisi delle norme - in particolare quelle di recente o recentissima emanazione - dirette a governare i rapporti di lavoro in ambiti, interessati da processi di frammentazione e ricomposizione, in cui il diritto amministrativo e il diritto commerciale "concorrono" alla regolazione di funzioni e servizi di interesse pubblico (e di rilevante valore economico). Un concorso di pubblico e privato dai confini mobili e non sempre ben definiti, alla ricerca, sin qui senza esiti soddisfacenti, di un equilibrio regolativo capace di garantire servizi efficienti e produrre risultati efficaci al minor costo possibile.

²⁰⁶ Per questa v. i pareri citati *supra* e il Parere n. 58 del 22/07/2015 firmato da Raffaele Cantone, molto significativo anche per un discutibile richiamo di Corte Cost. n.68/2011.

²⁰⁷ Fatta salva la regola speciale valevole *una tantum*, e per un caso specifico, disposta dall'art. 24 c.9 d.lgs. 175/2016.

Osservando il quadro normativo del lavoro, in primo luogo emerge una contraddizione. Infatti, le discipline relative alle opportunità di accedere al posto di lavoro e di conservarlo, alla qualità professionale e al trattamento retributivo dei dipendenti e dei dirigenti delle società a controllo pubblico, ai costi del lavoro e ai vincoli di assunzione negli appalti e nelle concessioni svolgono un ruolo importante per il perseguimento degli obiettivi che il legislatore si propone di raggiungere con il riordino delle società a partecipazione pubblica e la nuova regolazione dei contratti pubblici. Tuttavia sono anche aspetti che il legislatore ha normato con scarsa attenzione e consapevolezza delle implicazioni sistematiche: la disciplina giuslavoristica è stata oggetto della regolazione, ma non sembra che il diritto del lavoro abbia svolto un ruolo di guida per il legislatore.

Da ciò discendono alcuni corollari negativi, strettamente interrelati.

Le norme “speciali” che attengono in qualche modo alla gestione del lavoro sono difficili da interpretare e da applicare, perché il legislatore non si è preoccupato della loro coerenza con il sistema generale. Sono indicativi alcuni esempi tratti dall’analisi condotta nei paragrafi che precedono. Si è ritenuto di poter assicurare alle società pubbliche personale e dirigenza di qualità, selezionata con criteri trasparenti e obiettivi, inserendo qualche regola mutuata dalla disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni in un contesto normativo che si vuole per il resto in tutto eguale a quello che disciplina il lavoro privato. Ma non si sono considerate le ripercussioni, e quindi i problemi, che l’introduzione di queste regole, qualificate (a mio avviso erroneamente) come “pubblicistiche”, avrebbe comportato, nel momento del necessario coordinamento con la disciplina privatistica degli altri istituti collegati del rapporto di lavoro e nella gestione della mobilità conseguente sia al riordino societario sia alla successione negli appalti. Ci si è preoccupati di attenuare le ripercussioni sociali dei possibili esuberi di personale originati dai processi di revisione e dismissione delle società pubbliche, tamponandoli temporaneamente con una procedura transitoria, senza considerare i legami inevitabili con la disciplina dei licenziamenti collettivi e senza preoccuparsi del coordinamento con il governo degli istituti “a regime”. Si è determinato un insieme composto da ambiti con discipline diversificate, con la conseguenza che il mutamento del datore di lavoro implica sovente il mutamento dello statuto regolativo: ma non si sono poste norme chiare e specifiche per disciplinare gli effetti dei passaggi dei lavoratori da un ambito all’altro.

Ancora, non sembra esserci stata consapevolezza adeguata dei rapporti tra ordinamento nazionale e diritto europeo. Molti interrogativi restano senza risposta quando le norme sulle esternalizzazioni/internalizzazioni si rapportano alla disciplina europea dei trasferimenti d’azienda e quando le importanti garanzie in materia di clausole sociali di equo trattamento, riferite a contratti collettivi privi di efficacia *erga omnes*, si rapportano alla giurisprudenza della Corte di Giustizia sugli appalti che coinvolgono distacchi transnazionali. In particolare per quanto riguarda la disciplina del codice dei contratti pubblici sulle clausole sociali l’impressione è che si proceda con norme rigide di tutela che sembrano ignorare i problemi di contrasto con le fonti primarie giuridicamente sovraordinate (Costituzione e soprattutto norme europee come interpretate dall’attuale giurisprudenza della Corte di Giustizia). Il risultato è che la effettiva regolazione finisce con l’essere dettata dall’interpretazione conforme della giurisprudenza, in specie quella amministrativa.

Le conseguenze per i lavoratori di una riforma legislativa non sufficientemente attenta al “sistema” del diritto del lavoro sono disparità di trattamento prive di ragionevolezza intrinseca, perché conseguenti a scelte esterne, collegate soprattutto alle esigenze di riduzione dei costi,

razionalizzazione, etc. Esigenze legittime e di cui correttamente il legislatore si è fatto carico: ma avrebbe dovuto tener conto delle conseguenze sui dipendenti, provvedendo a una disciplina adeguata, soprattutto quando le differenze colpiscono il bene più importante, ovvero la tutela del posto di lavoro. In altri termini, da una disciplina del lavoro strumentale al perseguimento di interessi diversi ed “esterni” alla tutela del lavoratore, e differenziata in relazione a tali esigenze senza che ci si preoccupi della coerenza interna nella regolazione dei rapporti di lavoro e delle finalità della tutela giuslavoristica, discendono disparità di trattamento dei lavoratori che paiono non conformi al dettato costituzionale e non giustificabili sul piano sociale.

Anche il ruolo dell'autonomia collettiva²⁰⁸ ne risulta marginalizzato: il legislatore lo “dimentica” nella disciplina organica delle società a partecipazione pubblica disposta nel Testo unico, lo riconosce attribuendogli un forte rilievo nella regolazione dei contratti pubblici, ma ignorando i problemi discendenti dall'ordinamento costituzionale ed europeo lo rende di fatto debole, perché subordinato agli orientamenti giurisprudenziali e alle determinazioni ministeriali.

Gli interpreti giuslavoristi potranno trovare soluzioni per risolvere i problemi esegetici e ricomporre le diverse parti normative in un *collage*, ma sarà sempre un'operazione difficile e dagli esiti insoddisfacenti fintanto che si ci muoverà all'interno di un modello regolativo sorretto da una logica di deroghe alla disciplina generale, di ibridazioni tra pubblico e privato, di “privatizzazione” del lavoro alle dirette dipendenze delle pubbliche amministrazioni e di “pubblicizzazione” del lavoro negli ambiti “partecipati” dal soggetto pubblico. È difficile far discendere coerenze applicative dalla sovrapposizione di modelli non omogenei di disciplina.

Ritengo che sarebbe invece preferibile seguire la strada della costruzione di un modello regolativo “speciale” per gli ambiti lavorativi caratterizzati dalla presenza del soggetto pubblico, ovvero dell'interesse pubblico che condiziona inevitabilmente il tradizionale rapporto di confronto/conflitto tra datore di lavoro e lavoratore con la mediazione sindacale.

La ormai lunga e ricca esperienza della disciplina legislativa del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni offre elementi importanti di riflessione teorica ed esperienza applicativa utili all'elaborazione di un sistema regolativo *ad hoc*, nella consapevolezza dell'inadeguatezza dei rigidi e burocratici strumenti regolativi pubblicistici come dell'insufficienza degli strumenti di flessibilità e autonomia propri della gestione dell'azienda privata, ma anche degli esiti insoddisfacenti del metodo dell'ibridazione sinora adottato. In particolare, indicazioni su quali siano i nodi importanti da sciogliere quando la disciplina del lavoro interagisce con la tutela dell'interesse pubblico vengono dal lontano dibattito sull'opportunità di consentire la negoziazione dei poteri del dirigente pubblico²⁰⁹, dalle riflessioni sui risultati negativi prodotti dal rapporto dirigenza/sindacato disegnato dalla riforma del 97/98, in particolare per il riconoscimento e la valorizzazione del merito e della professionalità, così come sugli effetti della libertà di utilizzo dei tipi contrattuali flessibili dalla stessa consentiti, dalle proposte su come disegnare un rapporto corretto e proficuo tra la sfera politica e una dirigenza capace e responsabile e dalle valutazioni sul modello adottato dal legislatore del 2009, il quale ha assunto la veste del maestro che guida con la bacchetta il dirigente per garantire che si comporti da bravo *manager*. Da queste analisi emerge che gli aspetti più rilevanti

²⁰⁸ In questa relazione non è stato possibile dar conto del profilo del ruolo assegnato all'autonomia collettiva e da questa svolto.

²⁰⁹ Si rinvia al saggio di A. Albanese e alle riflessioni contenute nei fascicoli 2 e 3 della rivista *Lavoro e diritto* 1996 dedicati al lavoro pubblico (curati da chi scrive), con significative riflessioni di giuslavoristi e amministrativisti e dove anche il saggio, denso di riflessioni importanti e consapevoli delle difficoltà, di Massimo D'Antona: *La neolingua del pubblico impiego riformato*.

sono i criteri di selezione del personale e la dimensione equilibrata degli organici, la regolazione della dirigenza, i sistemi retributivi e le relazioni sindacali. Aspetti su cui interviene oggi anche il nuovo legislatore ma, per quanto riguarda l'ambito preso in esame nella relazione, in modo insoddisfacente, a mio avviso anche a causa dell'errato criterio regolativo adottato.

Il diritto del lavoro dovrebbe dunque utilizzare la propria capacità progettuale per elaborare un modello regolativo "speciale" che, restando nel contesto della dimensione privatistica, consenta di coniugare la tradizionale funzione di tutela del soggetto debole con l'esigenza di farsi carico delle esigenze e delle peculiarità dell'organizzazione in cui operano i rapporti che disciplina, nonché delle sue "finalità", trovando un equilibrio tra valori sociali e istanze economiche e di risparmio, tra garanzie di eguaglianza e valorizzazione del merito, nell'ambito in cui sono in gioco interessi e soldi pubblici. Credo che la nostra disciplina abbia le competenze e le capacità per essere un soggetto protagonista della regolazione anche in questo settore: deve solo riuscire a farsele riconoscere.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

* I riferimenti bibliografici e le note non sono completi.

- Albi P. (2015), *La disciplina dei rapporti di lavoro nelle società a partecipazione pubblica fra vincoli contabili e garanzie giuslavoristiche*, in Passalacqua M. (a cura di), *Il "disordine" dei servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, p. 233 ss.
- Allamprese A., Orlandini G. (2014), *Le norme di rilievo lavoristico nella nuova direttiva sugli appalti pubblici*, in *RGL*, I, p.169 ss.
- Allamprese A., Orlandini G. (2016), *Decreto legislativo n. 136/2016 recante attuazione della direttiva n. 2014/67 di attuazione della direttiva n. 96/71 sul distacco transnazionale dei lavoratori. Un primo commento*, in http://www.europeanrights.eu/public/newsletter/Newsletter_59_-_ITA.pdf
- Assanti C. (1972), *Commento all'art. 36*, in Assanti, Pera (a cura di), *Commento allo statuto dei lavoratori*, Padova, Cedam, 1972, 421 ss.
- Ballestrero M.V. (2001), *Servizi pubblici e trasferimento d'azienda. Il trattamento economico e normativo dei lavoratori*, in *LD*, p. 279 ss.
- Barbieri M. (2015), *In tema di legittimità costituzionale del rinvio al Ccnl delle organizzazioni più rappresentative nel settore cooperativo per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente*, in *RGL*, II, p. 493 ss.
- Basenghi F. (2011), *sub art. 31* in G. Amoroso, V. Di Cerbo, L. Fiorillo, A. Maresca (a cura di), *Diritto del lavoro. Il lavoro pubblico*, vol. III, Milano, Giuffrè, p. 406 ss.
- Basenghi F. (2013), *La mobilità del dipendente pubblico*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Torino, Giappichelli, p. 449 ss.
- Bellavista A. (2010), *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *DLRI*, p. 87 ss.
- Bellomo S. (2010), *Esternalizzazioni, norme a tutela dei lavoratori e normativa speciale in materia di servizi pubblici locali*, in *LG*, p. 52 ss.
- Bonura H. (2017), *Le partecipazioni pubbliche*, in B.M. Mattarella, E. D'Alterio (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione*, Milano, Il Sole 24ore, p.345 ss.
- Bonura H., Fonderico G. (2016), *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *GDA*, n.6, p. 722 ss.
- Borgogelli F. (2000), *Trasferimento di attività svolte da pubbliche amministrazioni e interessi coinvolti*, in *AIDLASS, Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Atti

- delle Giornate di Studio di Diritto del lavoro, Trento 4-5 giugno 1999, Milano, Giuffrè, 305 ss.
- Borgogelli F. (2011), *Sui poteri della dirigenza pubblica nella disciplina dei rapporti di lavoro: le novità e i problemi*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, vol.II, Napoli, Jovene, p. 1541 ss.
- Borgogelli F. (2016), *Le clausole sociali di equo trattamento negli appalti pubblici: problemi e possibili soluzioni*, in M. Mancini, A. Paciello, V. Santoro, P. Valensise (a cura di), *Regole e mercato*, tomo I, Torino, Giappichelli, p. 111 ss.
- Brino V. (2012), *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato. Le prospettive dell'Unione Europea*, Padova, Cedam.
- Brino V. (2014), *Successione di appalti e tutela della continuità dell'occupazione*, in M. Aimo, D. Izzi (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Torino, Utet, p. 109 ss.
- Brino V. (2016), *Salario minimo legale e appalti pubblici: il caso RegioPost*, in *RGL*, II, p. 135 ss.
- C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni (a cura di), (2011), *Le società "pubbliche"*, Torino, Giappichelli.
- Calderara D. (2016), *Quali sono i contratti collettivi applicabili nelle gare di appalto?*, in *RGL*, II, p. 20 ss.
- Cammelli M., Dugato M. (2008), *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in Id. (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli.
- Carinci F. (2008), *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla Legge 133/2008 alla Legge n.15/2009*, in *LPA*, p. 949 ss.
- Carinci M.T. (2007), *Gli appalti nel settore privato. La distinzione tra appalto e trasferimento d'azienda ed il trattamento dei lavoratori impiegati negli appalti*, in L. Montuschi (a cura di), *Un diritto in evoluzione. Studi in onore di Yasuo Suwa*, Milano, Giuffrè, p. 335 ss.
- Carnelutti F. (1909), *Sul contratto relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, in *RDCComm.*, I, p. 416 ss.
- Caruso B. (2008), *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l.133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 79.
- Casale D. (2003), *Le esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni tra trasferimento di funzioni e gestione delle eccedenze*, in *LPA*, p. 945 ss.
- Cassese S. (1959), voce *Azionariato di stato*, in *Enc. dir.*, IV, p. 776 ss.
- Cassese S. (2013), *Dall'impiego pubblico al lavoro con le pubbliche amministrazioni: la grande illusione?*, in *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Torino, Giappichelli, p.38 ss.
- Cassese S. (2017), *Riformare l'amministrazione per legge*, in B.M. Mattarella, E. D'Alterio (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione*, Milano, Il Sole 24ore, p. 21 ss.
- Centioni A. (2016), *Appalti sostenibili: direttiva europea e nuovo codice. Cosa cambia*, in *Appalti&Contratti*, n. 4, p. 50 ss.
- Cerulli Irelli V. (2016), *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli.
- Cester C. (2012), *Il trasferimento del personale ATA dagli enti locali allo stato davanti alla corte di giustizia*, in *RIDL*, II, p. 124 ss.
- Chieco P. (2008), *I contratti di lavoro dei dipendenti pubblici alla prova dei processi di privatizzazione ed esternalizzazione*, in *Studi in onore di E. Ghera*, Tomo I, Bari, Cacucci, p. 267 ss.
- Chieco P. (2010), *Privatizzazioni, esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, in U. Carabelli, M.T. Carinci (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, Cacucci, p. 267 ss.
- Chieco P. (2015), *Il disegno di legge delega per il riordino delle società pubbliche: principi e criteri direttivi per la semplificazione e il rafforzamento dei vincoli pubblici vigenti in materia di personale*, in Carinci F. (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi*, ADAPT University Press, e-Book n. 40, p. 416 ss.

- Chiti M.P. (2009), *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in M.P. Chiti (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Editoriale scientifica, Napoli, p. 567 ss.
- Cirillo G.P. (2016), *Modelli societari e organizzazione dei servizi pubblici*, in RDPC, p. 1067 ss.
- Cirillo G.P. (2016), *Modelli societari e organizzazione dei servizi pubblici*, in RIDPC, p. 1067 ss.
- Clarich M. (2009), *Società di mercato e quasi amministrazioni*, in GDA, 2, p. 253 ss.
- Clarich M. (2010), *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali tra diritto pubblico e diritto privato*, in F. Guerrera (a cura), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, p. 7 ss.
- Clarich M. (2015), *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino.
- Clarich M., Mattarella B.G. (2016), *Prefazione*, in G. Meo, A. Nuzzo (a cura di), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016 n.175*, Bari, Cacucci, p. 9 ss.
- Corti M. (2016), *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta*, in DLRI, p. 505 ss.
- Costantini S. (2014), *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le “clausole sociali” fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 196.
- Costantini S. (2016), *Direttive sui contratti pubblici e Corte di Giustizia: continuità e discontinuità in tema di clausole sociali*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona. IT – 309.
- Cuccurullo O. (2017), *Organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico*, in G. Meo, A. Nuzzo (a cura di), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016 n.175*, Bari, Cacucci, p.147 ss.
- Cuttone M. (2014), *Società partecipate, successione d’appalto e recessi: quali diritti per i lavoratori coinvolti; quale ruolo per il giudice del lavoro?* in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 197.
- D’Antona M. (1996), *La neolingua del pubblico impiego riformato*, in LD, p. 237 ss.
- D’Auria G. (2015), *La riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni nella legge Madia*, in RGL, n.3, I, p. 479 ss.
- D’Onghia M. (2010), *L’accesso al lavoro pubblico. Procedure di reclutamento e costituzione del rapporto*, in U. Carabelli, M.T. Carinci (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, Cacucci, p. 155 ss.
- D’Orta C. (2011), *L’organizzazione della p.a. dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*, in LPA, p. 394 ss.
- De Simone G. (2001), *La “privatizzazione” dei servizi pubblici locali, tra norme speciali e disciplina del trasferimento d’azienda*, in LD, p. 257 ss.
- Delfino M. (2016), *Legge e contrattazione collettiva sui minimi salariali nel prisma dei principi costituzionali*, in DRI, p. 335 ss.
- Della Scala M.G. (2015), *Società pubbliche*, in *Diritto on line*.
- Donato C. (2017), *Revisione straordinaria delle partecipazioni*, in G. Meo, A. Nuzzo (a cura di), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016 n.175*, Bari, Cacucci, p. 343 ss.
- Dugato M. (2013), *Le società a partecipazione pubblica*, in GDA, p. 855 ss.
- Faleri C. (2016), *Le clausole sociali di riassunzione nella successione di appalti quale strumento di governance per un mercato concorrenziale e socialmente sostenibile*, in M. Mancini, A. Paciello, V. Santoro, P. Valensise (a cura di), *Regole e mercato*, tomo I, Torino, Giappichelli, p. 139 ss.
- Federici A. (2016), *La gestione delle eccedenze di personale nelle società controllate*, in RGL, n.3, II, p. 422 ss.
- Ferrara M.D. (2013), *L’integrazione sociale attraverso il “social test”: la clausola sociale orizzontale e le sue possibili applicazioni*, in RGL, I, p. 295 ss.

- Fonderico G. (2017), *I servizi pubblici locali*, in B.G. Mattarella, E. D'Alterio (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione*, Milano, Il Sole 24ore, p. 365 ss.
- Fontana G. (2014), *Il rapporto di lavoro nelle società pubbliche: problemi applicativi e riforme legislative*, in *LPA*, p. 707 ss.
- Forlivesi M. (2015), *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona."* IT – 275.
- Forlivesi M. (2016), *L'atteso reassessment della Corte di Giustizia sulle clausole sociali relative al "salario minimo" negli appalti pubblici*, in *RIDL*, II, p. 535 ss.
- Gaeta L. (2016), «*La terza dimensione del diritto*»: legge e contratto collettivo nel Novecento italiano, in *DLRI*, p. 573 ss.
- Gentile G. (2013), *Il reclutamento del personale*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Torino, Giappichelli, p. 369 ss.
- Ghera E. (2001), *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, p. 134 ss.
- Ghezzi G. (1996), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e la ridefinizione delle fonti*, in *DLRI*, p. 265 ss.
- Giaconi M. (2015), *La gestione dei servizi pubblici locali: esigenze di mercato e tutela delle istanze sociali*, in *QDLM*, n. 1, p. 421 ss.
- Giaconi M., Scarpelli F. (2014), *Trasferimento di attività nelle pubbliche amministrazioni e rapporti di lavoro*, in M. Aimo, D. Izzi, *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Torino, Utet, p. 373 ss.
- Giannini M.S. (1960), *Osservazioni sulla classificazione delle imprese pubbliche e sulle forme di controllo*, in *Il controllo dell'impresa pubblica*, Milano, Vita e Pensiero, p. 77 ss.
- Giubboni S. (2015a), *Libertà economiche fondamentali, circolazione dei servizi e diritto del lavoro*, in *RGL*, I, p. 811 ss.
- Giubboni S. (2015b), *Salario minimo e distacco transnazionale*, in *RGL*, II, p. 221 ss.
- Gnes M. (2017), *Le definizioni di pubblica amministrazione*, in B.G. Mattarella, E. D'Alterio (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione*, Milano, Il Sole 24ore, p. 217 ss.
- Goisis F. (2013), *La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica*, in www.larivistacorteconti.it 10.5.2013.
- Gottardi D. (2010), *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *DLRI*, p. 509 ss.
- Gottardi D. (2016), *La contrattazione collettiva tra destrutturazione e ri-regolazione*, in *LD*, p. 877 ss.
- Guadagno S. (2016), *Salario minimo, distacco dei lavoratori e appalti pubblici: un nuovo equilibrio per i diritti sociali?*, in *ADL*, p. 840 ss.
- Ianniello M. (2016), *Governance partecipata negli enti locali: una prospettiva economica-aziendale*, Milano, FrancoAngeli.
- Ibba C. (2011), *Le società a partecipazione pubblica: tipologia e disciplina*, in C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni (a cura di), *Le società "pubbliche"*, Torino, Giappichelli, p. 1 ss.
- Ieva L. (2014), *Ritorno al futuro. Ritorno allo Stato*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it
- Izzi D. (2016), *La responsabilità solidale a tutela del lavoro esternalizzato: qualche spunto dal diritto dell'Unione Europea*, in *LD*, p. 35 ss.
- Lazzeroni L. (2016), *Governo della concorrenza e tutele del lavoro nel contesto sovranazionale*, in M. Mancini, A. Paciello, V. Santoro, P. Valensise (a cura di), *Regole e mercato*, tomo I, Torino, Giappichelli, p. 167 ss.
- Leone G. (2010), *La mobilità individuale e collettiva*, U. Carabelli, M.T. Carinci (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, Cacucci, p. 239 ss.
- Libertini M. (2008), *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *CI*, p. 1217 ss.
- Lo Faro A. (2009), *Le Direttive in materia di crisi e ristrutturazioni d'impresa*, in B. Caruso, S.

- Sciarra (a cura di), *Il lavoro subordinato*, Torino, Giappichelli, p. 392 ss.
- Loffredo A. (1999), sub art. 34, in *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in A. Corpaci, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Le nuove leggi civili commentate*, p. 1250 ss.
- Lozito M. (2013), *Tutele e sottotutele del lavoro negli appalti privati*, Bari, Cacucci.
- Lozito M. (2015), *Nuove regole di reclutamento del personale pubblico*, in *DLM*, p. 319 ss.
- Luciani V. (2004), *Il reclutamento del personale e l'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea*, in F. Carinci, L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Tomo II, Milano, Giuffrè, p. 505 ss.
- Luciani V. (2010), *La clausola sociale di equo trattamento nell'art. 36*, in *DLM*, p. 909 ss.
- Magnani M. (1999), *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni. Le opinioni di*, in *DLRI*, n.82-83, p. 485 ss.
- Mainardi S. (2000), *Trasferimento di attività e passaggio di dipendenti a soggetti pubblici o privati*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Commentario diretto da F. Carinci e M. D'Antona, Tomo II, 2° ed., Milano, Giuffrè, p. 967 ss.
- Mainardi S. (2004), *Trasferimento di attività a soggetti pubblici o privati e passaggio di personale*, in F. Carinci, L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Tomo II, Milano, Giuffrè, p. 726 ss.
- Marasà G. (1993), voce *Società speciale e società anomale*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIX, Roma, Treccani.
- Marzuoli C. (1995), *Le privatizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *DP*, p. 393 ss.
- Mattarella B.G., D'Alterio E. (2017), *La riforma della pubblica amministrazione*, Milano, Il Sole 24ore.
- Mattarella B.M. (2017), *Il lavoro pubblico*, in B.M. Mattarella, E. D'Alterio (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione*, Milano, Il Sole 24ore, p. 319 ss.
- Melis G. (2012), *La pubblica amministrazione: una riforma mancata*, in *GDA*, p. 101 ss.
- Melis G. (2017), *I precedenti storici e la possibilità di successo*, in B.M. Mattarella, E. D'Alterio (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione*, Milano, Il Sole 24ore, p. 27 ss.
- Menghini L. (2005), *Il passaggio di un servizio da un comune ad un'azienda municipalizzata prima e dopo l'intervento dell'art.31 del t.u. 165/2001*, in *RGL*, II, p. 14 ss.
- Mengoni L. (1958), *Sul concetto di azienda con prevalente partecipazione statale*, in *RTDPC*, p. 153 ss.
- Meo G., Nuzzo A. (a cura di), (2016), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016 n.175*, Bari, Cacucci.
- Mezzacapo D. (2010), *Spunti in tema di trasferimento di attività da parte delle pubbliche amministrazioni: l'art.31 del d.lgs. n.165/2001 e l'art.2112 c.c.*, in *LG*, p. 11 ss.
- Mezzacapo D. (2017), *Prime osservazioni sul rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico dopo la sentenza della Corte costituzionale n.215/2016*, in *WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 319.
- Miscione M. (2009), *Ritorno alla pubblicizzazione per le società in mano pubblica (i concorsi per assunzioni e incarichi)*, in M. Miscione, D. Garofalo (a cura di), *Commento alla legge n.133/2008*, Milano, Ipsoa, p. 380 ss.
- Montuschi L. (2013), *A proposito di mitologie nel riformismo del lavoro pubblico*, in *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Torino, Giappichelli, p. 50 ss.
- Murrone M.G. (2009), *Quale tutela per il lavoratore nel caso l'ente pubblico torni a svolgere attività prima trasferite?* in *LPA*, p. 660 ss.
- Muttarelli M.M. (2005), *Protezione del lavoro vs protezione della concorrenza nella sentenza della Corte di Giustizia sui servizi aeroportuali: una decisione di grande rilievo ma motivata in modo insoddisfacente*, in *RIDL*, 2005, p. 271 ss.

- Napolitano G. (2005), *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino.
- Napolitano G. (2005), *Soggetti privati «enti pubblici»*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, vol. II, p. 1695 ss.
- Napolitano G. (2006), *La pubblica amministrazione e le regole dell'esternalizzazione*, in *DE*, 2006, p. 63 ss.
- Napolitano G. (2014), *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino.
- Napolitano G. (2015), *Le liberalizzazioni tra meccanismi di mercato e strategie di riforma amministrativa*, in F. Liguori, C. Acocella, *Liberalizzazioni*, in *QDLM*, n.1, p. 233 ss.
- Nicolosi M. (2012), *Il lavoro esternalizzato*, Torino, Giappichelli.
- Novella M. (2001), *Aspetti giuslavoristici delle trasformazioni dei servizi pubblici locali*, in *LD*, p. 207 ss.
- Novella M. (2002), *Nuove discipline delle trasformazioni dei servizi pubblici locali. Profili giuslavoristici*, in *LD*, p. 159 ss.
- Novella M., Vallauri M.L. (2005), *Il nuovo art. 2112 cc e i vincoli del diritto europeo*, in *DLRI*, p. 177 ss.
- Orlandini G. (2013), *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Milano, FrancoAngeli.
- Orlandini G. (2015), *Appalti, stop al dumping (Corte di Giustizia permettendo)* in *Diritti&Lavoro Flash*, n. 9.
- Orlandini G. (2015), *Dumping salariale in UE: impedirlo si può (ma serve l'erga omnes)*, in *Diritti&Lavoro Flash*, n. 3.
- Orlandini G. (2015), voce *Clausole sociali (dir.lav. interno)* in <http://www.treccani.it/enciclopedia/clausole-sociali-dir-lav-interno> (Diritto-on-line).
- Orlandini G. (2016), *Note sulla proposta di direttiva recante modifica della direttiva 96/71 sul distacco transnazionale dei lavoratori*, in http://www.europeanrights.eu/public/newsletter/Newsletter_57_-_ITA.pdf
- Pallini M. (2006), *Diritto del lavoro e libertà di concorrenza: i servizi aeroportuali*, in *RGL*, p. 44 ss.
- Pallini M. (2016), *Diritto europeo e limiti di ammissibilità delle clausole sociali nella regolazione nazionale degli appalti pubblici di opere e servizi*, in *DLRI*, p. 525 ss.
- Passalacqua M. (2016), *Il gruppo economico controllato da ente pubblico e il difficile percorso di aggregazione di società di servizi pubblici locali a rete*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.
- Passalacqua M. (2017), *Il gruppo economico controllato da ente pubblico e il difficile percorso di aggregazione di società di servizi pubblici locali*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.
- Perulli A. (a cura di), (2016), *L'idea di diritto del lavoro oggi*, Padova, Cedam.
- Petrucci C. (2017), *Disposizioni transitorie in materia di personale*, in G. Meo, A. Nuzzo (a cura di), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016 n.175*, Bari, Cacucci, p. 355 ss.
- Petrucci C. (2017), *Gestione del personale*, in G. Meo, A. Nuzzo (a cura di), *Il testo unico sulle società pubbliche. Commento al d.lgs. 19 agosto 2016 n.175*, Bari, Cacucci, p. 279 ss.
- Pinto V. (2013), *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e prassi gestionali*, Bari, Cacucci.
- Pinto V. (2017), *Sui rapporti di lavoro alle dipendenze delle società in controllo pubblico e delle società in house*, relazione al convegno in ricordo del prof. Luca Buttaro, Bari 26 ottobre 2016 (in corso di stampa in *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, a cura di Fortunato S. e Vessia F., collana *Quaderni di Giur. Comm.*, 2017, pp. 195 ss.).
- Piperata G. (2009), *A proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema*, in *LPA*, p. 629 ss.
- Raimondi E. (2014), *Società a capitale pubblico, reinternalizzazioni e tipologie flessibili di manodopera*, in *RGL*, II, p. 565 ss.

- Ravà R. (1933), *L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, in *RDComm*, p. 324 ss.
- Romei R. (1999), *Cessione di ramo di azienda e appalti*, in *DLRI*, p. 325 ss.
- Rossi N. (2016), *Successione di appalti e tutela dei lavoratori*, in *ADL*, n. 3, p. 636 ss.
- Rusciano M. (1996), *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, in *DLRI*, p. 245 ss.
- Rusciano M. (2011), *A due anni dalla c.d. riforma Brunetta*, in *DLM*, p. 187 ss.
- Santagata De Castro R. (2015), *Libera circolazione dei servizi e diritto del lavoro alla luce della più recente giurisprudenza europea*, in *QDLM*, n. 1, p. 391 ss.
- Saulino F. (2014), *Lavoro a progetto in società a partecipazione pubblica di controllo*, in *RIDL*, II, p. 597 ss.
- Scarpelli F. (1999), *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni. Le opinioni di*, in *DLRI*, n.82-83, p. 491 ss.
- Scarpelli F. (2006), *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *RGL*, I, p. 753 ss.
- Scarpelli F. (2011), *La dimensione sociale nella regolazione degli appalti pubblici*, in M.T. Carinci, C. Cester, M.G. Mattarolo, F. Scarpelli (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Torino, UTET, p. 307 ss.
- Sorace D. (1997), *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *RIDPC*, p. 51 ss.
- Sorace D. (2016), *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, Il Mulino.
- Sordi P. (2010), *Dismissione di partecipazioni, affidamento di servizi pubblici e interessi dei lavoratori*, in *LPA*, p. 1117 ss.
- Speziale V. (2006), *Appalti e trasferimento d'azienda*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - 41
- Torchia L. (2009), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il Mulino.
- Urbano G. (2012), *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it
- Varva S. (2011), *Le clausole sociali*, in M.T. Carinci, C. Cester, M.G. Mattarolo, F. Scarpelli (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Torino, UTET, p. 321 ss.
- Varva S. (2014), *Il lavoro negli appalti pubblici*, in M. Aimo, D. Izzi (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Torino, Utet, p.193 ss.
- Varva S. (2016), *Promozione dei soggetti svantaggiati negli appalti pubblici. La regolazione locale e la direttiva 2014/24/UE*, in *LD*, p. 53 ss.
- Viscomi A. (2014), *La riforma dell'amministrazione del Governo Renzi. Note brevi per una lettura del ddl 1577*, in *LPA*, p. 479 ss.
- Visentini G. (1979), *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, Longanesi.
- Zoppoli L. (1996), *Le trasformazioni dei servizi pubblici e il diritto del lavoro*, in *LD*, p. 81 ss.

Elenco delle pubblicazioni

ADL	Argomenti di diritto del lavoro
CI	Contratto e impresa
DE	Il diritto dell'economia

DLM	Diritti, lavori, mercati
DLRI	Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
DP	Diritto pubblico
DPCE	Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo
DRI	Diritto delle relazioni industriali
GDA	Giornale di diritto amministrativo
LD	Lavoro e diritto
LG	Il lavoro nella giurisprudenza
LPA	Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni
QDLM	Quaderni di Diritti, lavori, mercati
RDCComm	Rivista di diritto commerciale
RGL	Rivista giuridica del lavoro
RIDL	Rivista italiana di diritto del lavoro
RIDPC	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
RTDPC	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile